

كِتَابُ بَنَائِعِ الصَّحَابِ فِي تَرْبِيَةِ الشَّبَرَاءِ

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السادس

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما ما على يارسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لتملك ألا يرى انه يحتمل الجمالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبهه النذر والدليل عليه أن المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم وأي فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالالتزام محض بل فيها معنى التملك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالإيجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمن أو زعيم أو غريم أو قليل أو حميل أو لك على أولك قبلي أو لك عندي (أما) لفظ الكفالة والضمان فصرحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وقبلت به أي كفلت قال الله تعالى أو يأتي بالله والملائكة قبيلا أي كفيلا يكفلوني بما يقول والحمل بمعنى

الحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه بنى عن تحمل الضمان وقوله على كلمة إيجاب وكذا قوله الى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فالى وعلى وقوله قبل بنى عن القباله وهى الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندي يحتمل اليد ويحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعاً فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أى فى ذمتى لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة فى الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوصف أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت فان كان مطلقاً فلا شك فى جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهى ما ذكرنا شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالاً كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفّل الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى أجل مثله يتأجل اليه فى حق الكفيل أيضاً وان سمي الكفيل أجلاً أز يد من ذلك أو انقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بما أخير حقه وان كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلاً فى حقهما جميعاً فى ظاهر الرواية وروى ابن سبعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً فى حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفّل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل فى نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر انطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلاً الى سنة فكفّل به مؤجلاً الى سنة أو مطلقاً مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين فى ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين فى مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد فى حق أحد هما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالحضاد والدياس والنيروز ونحوه فكفّل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهة فاحشة فتحمّلها الكفالة وهذا لان الجهة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهة التقديم والتأخير لا تنقض الى المنازعة فى باب الكفالة لانه يسامح فى أخذ العقد مالا يسامح فى غيره لا مكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضاً لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كجىء المطر وهبوب الريح فلاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهة فاحشة فلا تحمّلها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ممن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير فى الكفالة وهذا لا يؤثر فى البيع فكذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فاما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالاً أو مؤجلاً ما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتجديد والتأجيل ولو كفّل حالاً ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر فى حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل فى العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالاً فاخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيراً فى حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فاما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطاً سبباً لظهور

الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جازبان قال ان استحق المبيع فأننا كفيل لان استحقاق المبيع
سبب لظهور الحق وكذا اذا قدم زيد فأننا كفيل لان قدمه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون
مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة لا يجوز بأن
قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأننا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن
لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرط الحق به تعلق بالظهور أو التوصل اليه في الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولا ان الكفالة
جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلت فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك
فلان أو ان بيعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان
ضيمتك فانا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي
حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من يبيعك
من الناس لم يجز لان من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه محمول وجهة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال
ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكده معنى التوصل الى ما هو المقصود وكذا لو قال
ان خرج من مصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان
هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط
والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل في معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان
حالا على أنك متى طلبته فلي اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله اجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء ولو
شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احدهما حالة
مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى
حكم التأجيل فياخذ به الكفالة الحالية هذا معنى قوله في الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان
التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه
لا يحتتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما
ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فضي الوقت ولم يواف به
فالل لازم للكفيل لان هنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم
الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد
محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط
لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعى عليه ما لا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه
ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة
الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم
للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت ديننا في الذمة بدلا عما
ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التي عليه أو
الالف التي ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال
ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قوله ان مطلق الالف ينصرف الى
الالف الممهودة وهي الالف المضمونة مع ما ان في الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفي الصرف الى ما عليه
صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافي به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه

جاز لانه كفيل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافقة بالنفس عند طلب الموافقة وهذا شرط ملائم
للمقدم لما ذكرنا فاذا اطلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برى لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال
لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتمني به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد
فان لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله
الكفيل فأتى به فهو برى من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كما نه طلب منه
من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجدو برى من المال ولو كفيل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء فوافاه من الغد
يرأى من المال في رواية وفي رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برىء تعليق البراءة
عن المال بشرط الموافقة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التملك والتعليكات لا يصح تعليقها
بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافقة بل هو جعل الموافقة غاية للكفالة بالمال
والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والا اول أشبهه ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس
القاضي جاز لان هذا شرط مفيد و يكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما الى
القاضي لما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه في مصر معين يصبح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح
التعيين عند أبي حنيفة وعندهما يصح على ما نذر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى
لودفعه اليه عند القاضي أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفيل بنفسه فان لم
يؤاف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى
شيء فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا
يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها وأقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا
اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفيل بنفسه على انه ان لم يؤاف به الى شهر فعليه ما عليه فبات الكفيل
قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل
ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة
السبب صحيح ولهذا وكفيل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع
الغرماء فلا يستواء الدينين وكذا الوصايا المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم
نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى
وقت بان ضمن ما ادا له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما ادا من فلان أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو
ثمن ما يبيع صح هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان
فيها معنى التملك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فتمنته على أو ما بايعت أو الذي
بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما يبيع ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثن أول المبايع ولا يؤاخذ
بثن ما يبيع بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذى للعموم وقد دخلت على المبايع فيقتضى تكرار
المبايع ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى
المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذي يرجع
الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي
والجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا الأب أو الوصي لو استدان ديننا في ثقة اليتيم وأمر
اليتيم أن يضمّن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يحجز لان ضمان الدين قد لز منه من غير شرط فالشرط

لا يزيد الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يحز
(ومنها) الحرية وهي شرط تفا هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو ما ذناله في التجارة لانها تبرع
والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لا نعدام الاهلية بل
لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتل النفاذ بالبلوغ ولو اذن له المولى
بالكفالة فان كان عليه دين لم يحز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته في الكفالة
بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبي لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان صاحبه
الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء اذن له المولى أو لم ياذن لان اذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن
ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانها يملك كان التبرع عليه
وأما صحبة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذي
يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح
الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافي بقاء الدين
لانه مال حكيم فلا يفترق بقاءه الى القدرة ولهذا بقي اذامات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته
مفلسا واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح البراء عنه والتبرع (وجه) قول أبي حنيفة
ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان
بدن ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذا مات عن كفيل لانه قائم مقامه في قضاء دينه (وأما)
البراء والتبرع فهما في الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن
المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهمة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة
فلا على ما عرف في الخلافات والثاني أن يكون معلوما بان كفيل ما على فلان فاما اذا قال على أحدهم الناس أو بعين
أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه
غير مبررة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل
مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به في الجملة فاشبه الكفالة
بالدين المؤجل وأما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتهم والولى مطالب به في الحال ويطالبان أيضا في الجملة وهو
ما بعد البلوغ والافاق فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبي والمجنون الا أن الكفيل لا يملك
الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته
فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة
فيهما أجزا ما يكون (وأما) الذي يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من
الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثيق (ومنها) أن يكون في مجلس
العقد وانه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه
الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبي يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جائزة
على قوله الاخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا بشرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمداً بما يطلق
الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يحجز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ في اللغة يقال
جاز السهم اذا نذر (وجه) قول أبي يوسف الاخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو
الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان
فيه معنى التملك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب

عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام بمقتضى الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التملك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان (وأما) مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعدموته لا بطريق الكفالة ويكون قوله اضمنوا عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الإشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الاجنبى عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال اجنبى للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا اضمننا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفرع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر بمن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذى يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أمحاجنا إلا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هي أمانة وعين هي مضمونة أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهم مضمونا للتسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالغصوب والمقبوض بالبيع القاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه ورده مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثانى لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شئ ولكن يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا ترى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شئ ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لاشئ على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان في الوجه الاول الواجب على الاكر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفي الوجه الثانى الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أمحاجنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكر البدن كما في باب الطلاق والعقاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس في حق وجوب التسليم لا

تجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكه كما في الطلاق والعتاق وإذا أضافها إلى اليد والرجل ونحوهما من
الاجزاء المعينة لا تجوز لأن هذه الأجزاء لا يبرها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة متميزة فلا يكون ذكرها
ذكرًا لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق ولو قال في الكفالة بالنفس هو على جازلان هذا صريح في التزام تسليم
النفس وكذا إذا قال أنا ضامن لوجهه لأن الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح لأن المعرفة لا تحتمل أن
تكون مضمونة على الأصل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلاً ثم ما ذكرنا من
الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله إنها
غير صحيحة (وجهه) قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين فكان
محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف إلى غير عمله باطل ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة
والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة
بالعين عن الأمم السالفة ولم يغير والحكيم إذا حكى عن منكر غيره ولا أن هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة
والتابعين إلى زمن الشافعي رحمه الله فكان أنكار خروجاً عن الإجماع فكان باطلاً ولما ذكرنا أن هذه الكفالة
أضيفت إلى مضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام
الدين ممنوع بل هي التزام المطالبة بمضمون على الأصل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم في
حق الأصل كالدين عبد مقرر بالرق في يدرجل فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه فأبقى فهو باطل لأنه كفل بمالك
بمضمون وكذا لو كفل بعدا بغيره لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على إنسان أنه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم أنه حر
وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شيء على الأصل لما ذكرنا ولو كان المدعى في
يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه
فالكفيل ضامن كل قيمته لأن إقامة البينة تبين أنه كفل بمضمون صبي في يدرجل يدعى أنه ابنه وادعى رجل آخر
أنه عبده فضمن له إنسان فأقام المدعى البينة وقدمات الصبي فالكفيل ضامن لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين أنه
كفيل بمضمون وعن محمد فممن ادعى على إنسان أنه غصبه عبد أقبيل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذي
يدعى فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه لأنه كفل بمضمون على الأصل وهو حاضر مجلس القاضي فإن
هالك واستحقته بينة فهو ضامن لقيمته لأنه تبين أنه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى أنه غصبه ألف
درهم واستهلكها أو عبد أو مات في يده فقال رجل خله فأنا ضامن المالك أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته
ولا يقف على إقامة البينة لأن بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الأصل فقد كفل بمضمون على
الأصل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الأول لأن هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل بإقامة البينة فتوقف
عليها والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون المقدم مفيداً فلا تجوز الكفالة
بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدها وهما شرط ثالث لكنه يخص الدين
وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك
استقاط الدين عن نفسه بالتعجيل لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في
النفس وما دونها وبحد القذف والسرقه إذا بذلها المطلوب فأعطاهها كفيلاً بخلاف بين أصحابنا وهو الصحيح
لأنه كفالة بمضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وإنما
الخلافاً أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يحجره القاضي عليه قال أبو حنيفة لا يحجره وقال أبو يوسف
ومحمد يحجره (وجهه) قولهما أن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه
الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويحجر عليها عند الطلب فكذا هذا ولا يبي حنيفة أن الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناه على الدرع فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل
 بركة الشهود والحبس توثيق لأن الحبس للتهمة لا للتوثيق لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن إراث
 تهمة فكان الحبس لأجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على إعطاء الكفيل في التمتع برلانه لا يحتمل لدرئه لكونه
 حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لأنه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل
 والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود
 والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فأنتمها وهما شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن
 يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببذل الكتابة لأنه ليس بدين لازم لأن المكاتب يملك اسقاط
 الدين عن نفسه بالتبعية فلا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببذل الكتابة لكان لا يخلو (أما) أن يملك الكفيل اسقاطه
 عن نفسه كما يملك الاصيل (وأما) أن لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزاماً على الاصيل
 فلا يتحقق التصرف بكفالة ولا نالوا أجرنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لأن المكاتب
 إذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً فليس لم يطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه
 على الاصيل وهذا خلاف ما توجبه الأصول ولأن الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيها لا عرف فيه ولا عرف في
 الكفالة ببذل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لأن غيره من
 الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لو لازم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين
 الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلا تجوز بالفرع أولى وأحرى ولا تجوز
 الكفالة ببذل السعاية عند أبي حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر
 عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط حتى لو كفل
 بأحد شيئين غير عيين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لأن هذه جهالة
 مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه
 جاز ويرى بدفع واحد منهما إلى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز لأن
 جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولن جاء به جمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز
 شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهد فضمانه باطل
 عند أبي حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما أن ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند
 استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولا في حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة
 وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهد بين أن تكون بمضمون وغير
 مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو
 كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإذا استحق المبيع بمخاصم المشتري
 البائع أو لا فإذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يأخذ من الكفيل أولاً
 في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال الكفيل يكون خصماً هذا إذا كان المبيع ماسوى العبدان كان
 عبداً فظهر أنه حر بالينة فلم يشتري أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو أفسخ البيع بينهما بماسوى الاستحقاق بالرد
 بالغيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤخذ به الكفيل لأن ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك
 لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحق الدار ونقض
 عليه البناء فلم يشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وقيمة بنائه مبنياً إذا سلم النقص إلى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه إلا
 بالثمن خاصة في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وقيمة البناء والتالف ولو سلم النقص

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع قيمة البناء في ظاهر الرواية
 وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً أن شاء أخذهما من البائع وأن شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع
 الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من
 الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع
 جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعرقان المشتري يأخذ الثمن من
 أيهما شاء ولا يؤخذ الكفيل بقيمة الولد والمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة
 بالدرك والله عز وجل أعلم ولو كفيل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفيل
 بمضمون على الاصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقر به أما القول قوله في المقر به لانه
 مال لازم بالزمامه فيصدق في القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول
 المنكر مع يمينه في الشرع ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان بحجة في حق
 نفسه لا في حق غيره لانه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره ولا يظهر صدق المدعى إلا بحجة

فصل وأما بيان حكم الكفالة فنقول والله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولايته لمطالبة الكفيل بما
 على الاصيل عند عاقبة مشايخنا ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات لان الكل في احتمال هذا الحكم على
 السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه
 فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحداً يطالب بكل الدين وان كان به كفيلاً
 والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسة اذ لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة
 والمكفول به يحتمل الانقسام فيتنقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس باحضار
 المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائباً يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر في المدة ولم يظهر
 عجزه للقاضي حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على
 احضاره لانه بمنزلة المقلد لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه
 وبين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان
 كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين والفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب
 أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتبة عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب
 الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعذر الدين حسب تعدد المطالبة به أخذ شيخه الامام الشافعي رحمه الله وزعم
 أن هذا يمنع من حجة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين وهذا
 غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانهما حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر
 فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب
 الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معني أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها في
 معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبي ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنفي
 عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم ولان الكفالة
 لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامي دليل تغاير الماهي في الاصيل وأيهما اختار مطالبته لا
 يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضم أيهما شاء فاذا اختار تضمين
 أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين
 أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبته أحدهما بالمضمون

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشرى السكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسمى وهو رقيق وانما يعتق كله بآداء السعاية وبينهما تناف ولا تناف ههنا لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك المطالبة الآخر والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل يتسلم نفسه إلى الطالب إذا طالبه وإن كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طوّل به وإن كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وإن كانت بدّين يطالب بهما بالخلاص إذا طوّل فكما طوّل الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وإن كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل إذا لزم ولا حق الحبس إذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو وإن كانت الكفالة بأمره لأن ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتمليك على ما ذكره وكل ذلك يتفق على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء إن له ولاية مطالبة الموكل بالتمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه لأن هناك الثمن يقابل المبيع والمالك في المبيع كما وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالب به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك ولم يوجد هنا وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره لأن الكفالة بالامر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل بآداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الاداء إلى الطالب وفي حق الطالب تمليك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق أما الكفيل بالمال فانهما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل أو من الاصيل لأن حق المطالبة للتوسل إلى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينهي حكم العقد وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لأن الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لأن الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثاني البراء وما هو في معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل وإذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لأن المطالبة بالدين ولا دين محال فإبراء الكفيل فإبراءه عن المطالبة لا عن الدين إذا لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقط تنهى الان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصديق عليه وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصديق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى وإذا ارتدت هذه التصرفات رد الاصيل عاد الدين إلى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل يختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فرد ورثته يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة مالو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان أبرأه بعد موته ابراءه لو رثته لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وإبراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجهه فاقصر حكم الابراء عليه فلا يرتد بالورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال لأن هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التي هي غايتها

نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبراء جميعاً لأن استيفاء الدين يوجب براءة جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبي يوسف وهذا وقوله برئت الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالبراء فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك في الفصل الاول وهو قوله الى لان ذلك ينبي عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد هنا فتحمل على البراء لان البراءة حكم البراء في الاصل (وجه) قول أبي يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل في الاداء عرفاً وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتعليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالحتمل عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا اذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وبراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة عنده ليست مبرئة أصلاً لما يأتي في كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بان يبالغ الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان فيه معنى البراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى البراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفي حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (أما) الحالتان اللتان برى فيهما الكفيل والاصيل جميعاً احدهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتكم من الالف على خمسمائة على اني والمكفول منه برئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتكم على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً لما ذكرنا قبل هذا ان البراء المضاف الى المال المجرى عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين واحد فاذا سقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهي أن يقول الكفيل للطالب صالحتكم على اني برى من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس الى الطالب وهو التخليه بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره مجلس القاضى لان التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو ما كان استيفاء الحق بالرافعة الى القاضى فاذا حصل المقصود انتهى حكمه فيخرج عن الكفالة ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضى أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس القاضى بدلالة الفرض وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضى بواسطة ولو شرط أن يسلمه في مصر معين فسلمه في مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه في المصر المشروط (وجه) قوله ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان التعيين مفيداً لتقييده (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق بالرافعة الى القاضى وهذا الفرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه في السواد ولا قاض فيه لا يخرج عن الكفالة لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد ولو كفله جماعة بنفس

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤا جميعاً وأن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقيون (ووجهه) الفرقان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد إلا براءة فيبرأ هودون الباقيين وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برى الباقيون لأن الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لماسر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يوف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولا زمه فالمال على الكفيل وان لا زمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافقة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان اعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن حقوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه بر بما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني البراء اذا برأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالبراءة فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا البراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برأ جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالبراءة فينتهي حكم الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة وبحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني البراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

فصل وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به (أما) الشرط فأشأنواع (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصبح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعاقب به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصبح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عنى ولو قال اضمن كذا ولم يضيف الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضيف اليه فالكفالة لم تقع اقراراً بآياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتملك لا يتحقق إلا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقي الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء واذا وهب الدين من الاصيل برى الكفيل لان هذا أو أداء المال سواء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمته كما اذا أدى ومتى برى الاصيل برى الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولومات الطالب فورته الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل متى ملكه
برئ فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لارجع على الاصيل لان البراء اسقاط وهو في حق
الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تعليق الدين أصلاً فلا
يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداها الكفيل بعد ذلك
لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والبراء عن الحق بعد وجود سبب
الوجوب قبل الوجوب جائز كالأبراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفله به حتى عجل
الاصيل لما كفله عنه ودفع الى الكفيل بنظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل
ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فاشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه
ويكون قضاء كذا هذا ويرى الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء
فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في
ذلك المعجل ورجح هل يطيب له الرجح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهم لا يتعينان في عقود
المعاوضات فخصص التمايل باذن صاحبهما فيطيب له الرجح وان كان الدين مكيلاً أو موز وناهما يتعينان في العقد يطيب له
الرجح أيضاً عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الرجح
ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الرجح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على
وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل ورجح
لا يطيب له الرجح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي
يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمنصوب ورجح فيهما انه لا يطيب له
الرجح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى
من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء ان ذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف
نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى ثبت للطالب ولاية مطالبة
كل واحد منهما بخمسائة فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل
واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل
واحد منهما عن صاحبه أصلاً فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه
أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل
واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو
من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة
عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أدبته عن كفالة صاحبي
يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء اني أدبته عن كفالة
صاحبي وكذا اذا قال أدبته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد اداء
المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فأدى كل واحد منهما يكون عن
نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا
يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء اني أدبته عن شريكه لا عن نفسي لا يقبل منه ويكون عن نفسه
الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى الى خمسمائة له معارض والزيادة
لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا لو اشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بمحضته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوتان إذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرناه إذا كفلاً كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما إذا كفّل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفّل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على الاصيل إن شاء وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الأداء كما سواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الأول لأن هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه إلى النصف وهما بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق إن الكفيل يرجع بما كفّل لا بما أداه حتى لو كفّل عن رجل بدرهم صحاح جياذ فأعطاه مكسرة أو زبوا ونحو ذلك به المطالبة يرجع عليه بالصحيح الجياذ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحيح الجياذ وليس هذا كالأمر بأداء الدين له إن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالأداء ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفّل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الألف لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تملكها لأنها تؤدي إلى الرافق إسقاط البعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفّل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعاً وبرئ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدنيارين لأن في الفصل الأول إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باستقاط بعضه فكان الصلح واقفاً عنهما جميعاً فيبرأ جميعاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه (وأما) في الفصل الثاني فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقرراً بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدنيارين وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الإيجاب والقبول الإيجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً فلا يجاب أن يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله أن لا يمكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما إذا كان له عليه دين فقيم بإيجاب المحيل وقبول المحتال (وجهه) قوله أن المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما إذا وكله بالقبض وليس هو كالحال لأن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) إن الحوالة تصرف على المحال

عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه **فصل** وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل وبعضها يرجع الى المحال وبعضها يرجع الى الحال عليه **فصل** وبعضها يرجع الى المحال به (أما) الذي يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقفاً نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصاً اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه فامحيرة المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان في التجارة أو محجوراً لانها ليست بتبرع بالزام شيء كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذوناً في التجارة رجع عليه المحال عليه للحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجوراً رجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التملك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذي يرجع الى المحال فأنواع (منها) العقل لما ذكرنا ولا يقوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقفاً على اجازة وليه ان كان الثاني أملاً من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشرطية لانه منهي عن قربان ماله الاعلى وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقر بوامال اليتيم الا بالتي هي أحسن (ومنها) الرضا على لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع (وأما) الذي يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضاً (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضاً فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وان كان عاقلاً سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً في التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعاً ببدائه واتهانه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع ببدائه فلا يملكه الصبي محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل (وأما) الذي يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبذل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة بسواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيد بالدين الذي عليه والمقيدة أن يقيد بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أجل على ملي فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطلب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطلبه

الحال بدين الحوالة وبطالته المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لأن الحوالة لم تقتيد بالدين الذي للمحال عليه لأنها وجدت مطابقة عن هذه الشرية فيتعلق دين الحوالة بدينه والمحيل بدين الحوالة بدينه وإذا قيد بالدين الذي عليه ينقطع حق المطالبة للمحيل لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيقتيد به ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وإن لم يكن رهناً على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بأن كان الدين ممن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لأنه قضى دينه بامرره ولو ظهر ذلك في الحوالة المطابقة لا يبطل لأنه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر أنه لا دين فقد ظهر أنه لا حوالة لأن الحوالة بالدين وقد تبين أنه لا دين فتبين أنه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة لأن تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة به ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر أن الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف ودية عند رجل فمكنت الألف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها (ومنها) أنه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو أن المرتين اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى أنه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لأن الخراج بالضمان فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى أنه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلم يلم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضاً بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك وإذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لأن المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بمحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك وإنما يؤخذ من المحال عليه لأن الحوالة لا تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لأن حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود إلى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كقبيل لأنه ثبت الرجوع اليهم لا حدر رجلين (أما) المحال إذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه إذا أدى الدين فالقاضى نصب ناظر الأمور المسلمين فيحتاج في ذلك بأخذ الكفيل

فصل في إيمان حكم الحوالة فتقول وبالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كال كفالة سواء (وجه) قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كال كفالة وليس من الوثيقة براءة الأول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في الأصل الأول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الأصل لا يصح لأن تكون حوالة لأنه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع أنها قهراً على ثبوت أصله موجباً للحوالة قال بعضهم أنها نقل المطالبة بالدين جميعاً وقال بعضهم أنها نقل المطالبة بحسب فأما أصل الدين فبإبقاء في ذمة المحيل (وجه) قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول (أما) دلالة الإجماع فلا نأجمع على أنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهيبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وفردت ذمة المحيل عن الدين لما صح الأول لأن الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثاني لأن الإبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وإن تأخرت المطالبة كالإبراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلأن الحوالة توجب النقل لأنها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيتمضي نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قل أحلت بالدين أو أحلت فلا يدينه فيوجب انتقال الدين الى الحال عليه لأنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي الحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبي بقضاء دين انسان على غيره وكذلك الحال لو أبرأ الحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة الحال عليه لما اختلف حكم البراء والهبة ولا ارتد اجماعاً بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك الحال لو أبرأ الحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء فدت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على الحال عليه بدني في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة الحال عليه بدني في ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعاً واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على الحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه الحال فكذلك الحال فله أن يلزم المحيل ليتخلص عن ملازمة الحال واذا حبسه له أن يحبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على الحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تحليله منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على الحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلزم المحيل اذا لزم ولأن يحبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان الحال عليه متبرعاً وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه الحال عليه لكان للمحيل أن يلزمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما يخرج به الحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانه حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي باشيء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعي رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على شيء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقاً (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه قال في الحال عليه اذ امانت مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شرح مثل ذلك ذكره محمد في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافاً فكان اجماعاً ولان الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبي عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الا براءة بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فيقضي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى الحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم يتبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصل ولا حجة له في الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشرطة الملاءة وقد ذهب بالافلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت الحال عليه مفلساً والثاني أن يحجد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد هما وبثالث وهو أن يفلس الحال عليه حال حياته ويقضى القاضي بالافلاس بناء على أن القاضي يقضى بالافلاس حال

حياته عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال للمحال عليه ويقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه ويقبله لأن الهبة والصدقة في معنى البراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان الرجوع جملة الكلام في الرجوع في موضعين في بيان شرائط الرجوع وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فإن كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لأن الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملوكا للدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه. وكذا اذا ورثه المحال عليه لأن الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لأن البراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضاً فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التيقا قصاصاً لانه لو يرجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد قتيقة صاحب الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقد دراهم عن الدنانير فتصاير فجاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افرق قبل القبض أو شرط فيه الاجل واختار ببطل الصرف ويعود الدين الى حاله واذا انحلت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لأن الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف الأمور بقضاء الدين لماذا ذكرنا في كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الحوالة لماذا ذكرنا وكذا اذا أعطاه زبوا مكان الجياد وتحوز بها المحال يرجع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدتر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لأن الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحال لا بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لأن المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم اليينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

كتاب الوكالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى التوكيل لغة وشرعاً وفي بيان ركن التوكيل وفي بيان شرائط الركن وفي حكم التوكيل وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكري وبراؤها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا احسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذوه وكيلاً قال الفراء أى حفيظاً وتذكروا برادها الاعتماد وتقويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام اني توكلت على الله ربي وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمري اليه وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع للنوى وهو تقويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لا خير وكتبتك في كذا أنه يكون وكسلاً في الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

فصل وأما بيان ركن التوكيل فهو لايجاب والقبول فلايجاب من الموكل أن يتول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت ومايجرى مجراه فلم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لأن تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجرد الآخر كما في البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدس زد فأنت وكيل في بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك في بيع هذا العبد غدا ويصير وكيل في الغد فابده ولا يكون وكيل قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعناق واذن العبد في التجارة والتفليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

فصل وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل وبعضها يرجع الى الوكيل وبعضها يرجع الى الموكل به أما الذي يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فلا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهم لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعناق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له في التجارة يصح منه التوكيل لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعدم موقفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود الحيز للحال وهو الولي ولا يصح من العبد المحجوز ويصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد موقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد هونا فذبناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنه لوقوف املاكه وعند هما نافذة لثبوت املاكه ويجوز التوكيل من المرتد بالاجماع لان تصرفات نافذة بلا خلاف وأما الذي يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلًا فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليس بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائي غيب يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهني ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيًا والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك فوجد هنا فتصح وكالته كالبالغ إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغًا واذا كان صبيًا ترجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذا رد الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا إلا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر في موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يحييه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الامر لا يلزم الا بعد العلم بالأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالأمور به كفاي أو امر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره ان صاحب العبد امره ببيعه منه فاشتراه منه صبح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أى جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى ثم ان الوصى باع شيئاً من تركه الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحساناً ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصى خلف عن الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركه الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصى بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على ما مر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتاباً اليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلاً أو رجلاً واحداً عدل صار وكيله بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيله أيضاً وان لم يصدقه يعني أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيله وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيله كفاي العزل على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل فانه يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود وما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل بالاثبات الحدود فان كان حداً لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشرائح فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه ثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بآبائه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل بالاثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعقدة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقدوف والمسروق منه حاضر اوقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائباً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يحتملها وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كفاي سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي في امره أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتاً واستيفاءً بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائباً أو حاضر لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهة بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبهه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضر اجاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائباً لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضراً

لعقلا لا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعي رحمه الله يجوز وإن كان غائبا والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاءه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل بأنيابته وباستيفائه ونوع يجوز استيفاءه وأخذ مع الشبهة كالدين والعين وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والأصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أن سبيداً غالياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن هالما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إلى وكان على يقول ما قضى لو كيلى فلى وما قضى على وكيلى فعلى ومعلوم أن سبيداً غالياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف في جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الحصص أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر واليتيم لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريرة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يجوز التوكيل بالبكر وهذا غير سديد لما يذكر (وجه) قولهم إن التوكيل بالخصومة صادم حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعى والآنكار حق المدعى عليه فقد صادم التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خصمه بنفسه ولا بى حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والآنكار الصادق ودعوى المدعى خبري يحتل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا الآنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بممارسة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الأصل أن لا يلزم به جواب الآن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة بصير مقتضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز من خصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلك وهذا لا يجوز وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحي عن الحضور لحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرة كانت أو ثيباً فيضيع حقها (وأما) في مسألة افتلا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار وتركية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيل بالآنكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار يجوز وإن وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن استثناء الإقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار في العقد فاما إذا وكل مطلقاً ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز وذكر الطحاوي أنه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذي كما يجوز من المسلم لأن حقوقهم مصونة مريعة عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا ان التوكيل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف
انما يجوز في المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا في غيره واذا قبض الدين من الغريم يرى الغريم لان القبض
الصحيح بوجوب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتميأله القضاء بنفسه فيحتاج الى
التفويض الى غيره سواء كان الموكل حراً أو عبداً ما دوناً أو مكاتباً لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض
الى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها
غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصالح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصالح على انكار لانه يملك هذه
التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة
والاستيهاج والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقرض والاستقراض لان في
التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان
اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصالح وبالبراء ويجوز بالطلاق والعنق والاجارة والاستبجار لما قلنا
ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا ان قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد
على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين واقتراحهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لاند كذا اذا تقابض الوكيلان في المجلس
فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا في المجلس ثم افتراقه
يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افتراقا فقد حصل الافتراق
لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو اجنبي عنها
فبقاؤه واقتراحه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض
الى غيره الا ان لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر
وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام ان يقول له اشترى ما شئت أو ما رأيت أو أي ثوب شئت
أو أي دار شئت أو ما ينسرك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن
لانه فوض الرأى اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيعاعة والمضاربة والخاص ان يقول اشترى ثوباً أو حيواناً
أو دابة أو جوهر أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حماراً أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة
التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة
ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً (وجهه) الاستحسان ما روى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزام ليشترى له به أحمية ولو كانت الجهالة القليلة ما نفع من صحة
التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأحمية وبقدار الثمن ولان الجهالة
القليلة في باب الوكالة لا تقضي الى المنازعة لان مبنى التوكيل على القسحة والمساحة فالظاهر انه لا يجوز المنازعة فيه
عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مناه على المضايقة والمما كسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت
تقضي الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح
التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان
النوع وذلك نحو ان يقول اشترى ثوباً لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابرسم والقطن والسكتان
وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمي الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا
تقل الا بدكر النوع بأن يقول اشترى ثوباً هروياً فان سكنت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال
اشترى حيواناً أو قال اشترى دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهر أو حبوباً لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته
أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوباً هروياً فاذا سكنت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترى دارا الا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشافان عين الدار يجوز وان لم يمين ولكنه بين الثمن جاز ايضا
 ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن وروى عن أبي يوسف انه لا يصح التوكيل
 بعد بيان الثمن حتى يمين مصر من الامصار ولو قال اشترى دارا في موضع كذا أو حبة أو لؤلؤ أو فص يا قوت أحمر
 ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما
 وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذلك أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترى عبدا تركيا أو
 مقدارا الثمن بأن قال اشترى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقبل بذلك أحدهما وبحال الموكل لان الصفة تصير معلومة
 بذلك الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الأمر فما يشتريه أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشتري
 عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبي يوسف فيمن قال اشترى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما
 يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يجز على الأمر وكذا البدوى اذا قال اشترى
 خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان
 الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعا فنمت صحة الوكالة ولو قال اشترى حمرا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا
 ثمن قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذلك الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا
 الثمن فينظر ان اشترى حمرا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر مما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحارم
 يشتري مثله الموكل وان كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وان اشترى بمثل قيمته
 نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمرا مصريا يصح للركوب لان مثله يشتري الحمار للعمل والحمل
 لا للركوب ولو قال اشترى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمن لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة بالصفة بحال
 الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشترى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر
 الثمن واما قدر الثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذلك أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات
 والموزونات ولو وكله ليشترى له طي اسنانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما
 والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان حكم التوكيل فنقول والله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيفا لان التوكيل
 اثبات الوكالة ولو وكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل
 من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول والله التوفيق الوكيل بالخصومة بملك الاقرار على موكله في
 الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يملك والاب والوصي وأمين القاضي لا يملك الاقرار على
 الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة
 فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك
 انكارا وقد يكون اقرارا فاذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه
 الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضي لا في غيره وقال أبو
 يوسف يصح فيه وفي غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته
 على مجلس القاضي فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضي لان التوكيل بالخصومة
 أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ألا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي وكذا
 الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتقيد بمجلس القاضي الا أنه اذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن
 الوكالة وينعزل لانه لو بقي وكيل لبقى وكيل بالقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والقرار عينا غير موكل
 به والوكيل بالخصومة في مال اذا قضى القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا ان المتأخرين من اصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا في الوكيل بقبض العين اذا أنكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بينته في اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب بالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولا يبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعقد كافي البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاءه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بمافي ذمة الغريم وتعليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجهه دون وجهه كن وكل انسانا ينقل زوجته الى حيث هو فطالها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ماشئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومهم وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بنفسه في قبض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجنبي سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برى الغريم لانه وصل الى يد من هو نائب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غرض من المغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذ منه رجع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا ويرجع الوكيل الثاني على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو في بلد

معين لا يملك أن يتعدى إلى غيره لأن المتصرف بحكم الأمر لا يملك التعدي عن موضع الأمر وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لأن هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل قبض الدين وهذا ما بينا أن قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة إلا أن التوكيل قبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المتعلقة بالتوكيل قبض الدين وحق الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجاء إنسان إلى الغريم وقال إن الطالب أمرني أن أقبضه منك فإن صدقه الغريم وأراد أن يدفع إليه لا يمنع منه وإن أبي أن يدفع إليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق في الدين أقرار على نفسه فكان مجبوراً على التسليم وفي العين أقرار على غيره فلا يصح الابتصديق ذلك الغير وإن لم يصدقه لم يجبر على الدفع فإن دفعه إليه ثم جاء الطالب فإن صدقه مضى الأمر وإن كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجه ثلاثة أمان صدقه ودفعه إليه وأمان كذبه ومع ذلك دفع إليه وأمان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع إليه فإن صدقه في الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل لأنه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بوكالته وأقراره صحيح في حق نفسه فكأنه يقول إن الوكيل كان محققاً في القبض وإن الطالب ظالم فما يقبض مني وإن ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وإن صدقه وضمنه ما دفع إليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لأن الغريم وإن أقر أن القابض محق في القبض بتصديقه إياه في الوكالة فعنده أن الطالب مبطل فيه ظالم فما يقبض منه فإذا ضمنه فقد أضاف الضمان إلى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق وإضافة الضمان إلى المقبوض المضمون صحيح كما إذا قال ما غصبك فلان فعلي وإن كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع إليه أنه أن يضمن الوكيل لأن عنده أنه مبطل في القبض وإنما دفعه إليه على رجاء أن يجوز له الطالب وكذا إذا لم يصدق ولم يكذب لأنه لم يوجد منه الإقرار بكونه محققاً في القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل قبض الدين إذا قبضه فوجده معيباً كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لأنه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلاً ووصفاً فكذا الوكيل ولو وكل رجلاً يقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم أنه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة ولا إلى إحضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين إلى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه أن أردت يمينه فإن حلف والارجعت عليه لأنه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الإيفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم إلى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب الشفعة إذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه أن أردت يمينه لأن المشتري مقر بثبوت حق الشفعة لأن تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري إلى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب إذا ادعى البائع أن المشتري قد رضى بالعيب أنه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لأن البائع بقوله رضى المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب إذ ليس كل عيب موجبا للرد ألا ترى أنه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فإن أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر في حلفه على علمه فإن أبي أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على نجته (وجهه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فإذا أنكر يستحلف لجواز أنه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما دعى على الوكيل شيئاً وإنما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما إذا مات الطالب فادعى الغريم أنه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث أن له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه في
 الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحقاقه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف
 على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له به انه فعل ذلك أو لم يفعل
 فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بيلته عند أبي حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
 بناء على ان الوكيل يقبض الدين هل يكون وكيلًا بالخصوصة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على
 هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدرهم الدنانير أو باعه بها عرضا فينته مسموعة عنده
 وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة ويستوى فیهما الجنس وخلاف الجنس فكان
 الخلاف في الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان
 مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون
 خلافا الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلى من التصرف قدر ما ولاه وان كان
 الخلاف الى خير فاما نفذ لانه ان كان خلافا بصورة فهو وفاق معنى لانه أمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل
 فنفذ بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ
 وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان في
 معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا
 لو وكله بالبيع بالف درهم حاله فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه
 بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بان يبيع ويشترط الخيار لا مرفاعه ولم يشترط الخيار لم يحز بل يتوقف ولو باع
 وشترط الخيار لا مرفاعه ليس له أن يحز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا
 فأما اذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع
 الاجماعتين الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف
 الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولا بى حنيفة أن
 الاصل في اللفظ المطلق أن يجري على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش
 لغرض التوصل بمنته الى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييده المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن
 فاحش ان لم يكن متعارفا فاعلا فهو متعارف ذكرنا وتسمية لان كل واحد منهما يسمى بيعا وهو مبادلة شيء مرغوب
 بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرنا وتسمية من غير اعتبار الفعل الا ترى أن
 من حلف لا يأكل لحافا كل لحم الآدمي أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا
 وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف
 القياس لكونه أمرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه تبين أن الثمن انما يصبغ بدون ذكر الثمن الا انه يجوز باعتبار
 الحاجة اذا كل أحد لا يتبها له أن يشتري بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بثمن جرى
 التعارف بشراء مثله بمنته فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال انه يشتري
 لنفسه فلم يتبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع
 بغير الثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله وملك البيع بالتقيد والنسيئة عنده وعندهما
 لا يملك الا بالتقيد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على
 وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر في تبعية كالمكيل والموزون بان كان وكيلًا ببيع عبد بن فباع أحدهما جاز
 بالاجماع وان كان في تبعية ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

الموكل أو يبيع النصف الباقي ولو كان وكيلًا بالشراء فاشتري نصفه لم يلزم إلا مراحما إلا أنه يشتري الباقي ويجزه الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة وجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الاعيان ولا في حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى أن عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض به أولى لأنه تقع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وهذا فرق الشراء لان الوكيل بالشراء اذا اشتري النصف بثلث الكل لا يجوز والوكيل بالبيع ملك ابراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذه بعوضا وله أن يصالح على شيء ويحتال به على انسان وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيئا من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالبراء واخوانه تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي (وجه) قوله أنه تصرف في حق نفسه بالبراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي دين لا يحتمل القبض أصلا وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع ولان دين لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة ويضمن الثمن للموكل لأنه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالانلاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن عوضا عن المشتري لانه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومضى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض ويضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شيء لان الصلح مبادلة وكذا اذا أحاله المشتري بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لانه يقبل الحوالة تصرف في حق نفسه بالبراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين عن الخيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفاد من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم الا لفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولى فبلغ الوكيل أو الموكل فجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن بحضرة وقال ابن أبي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه فاذا باع الثاني بحضرة فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بحضرة أو باع فضولى فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينقد موقفا على اجازة الوكيل او الموكل لصدره والتصرف من أهله في محله وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعقد فيؤدي الى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطلوبا وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولا نهتهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الاجنبي سواء لان كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولا في حنيفة أن البيع من هؤلاء يبيع من نفسه من حيث المعنى لا اتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده يبيع من نفسه لانه لا ملك له وكذا المكاتب لانه عبد مابق عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا حقيقة أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولوعزم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بيع من هؤلاء أو أجاز ما صنعته الوكيل جاز يبيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده اذا لم يكن عليه دين بحال الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شيء مرغوب

يشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلاً بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفاً (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتياً بما وكل به فلا يكون مخالفاً (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقاً أو كان مقيداً فان كان مقيداً راعى فيه القيد اجماعاً لما ذكرنا سواء كان القيد راجعاً الى المشتري أو الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزم الشراء الا اذا كان خلافاً الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشترى جارية اطؤها أو استخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية بحوسيه أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشترى جارية فتخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية لان الاصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الاقيد لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك اذا قال اشترى جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثاني اذا قال له اشترى جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الألف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً بنفسه ولو قال اشترى جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدرهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعاً لان الجنس مختلف فيكون مخالفاً ولو قال اشترى هذه الجارية بمائة دينار فاشترىها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدرهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة كما اعتبر جنساً واحداً في الشفعة وهو أن الشفيع اذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدرهم وقيمتها مثل الدنانير صحح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بألف درهم فان كان مثلاً يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بمائة درهم ومثلاً يشتري بألف لزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافاً معني وكذا اذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حاله لزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشتري بألف حاله فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل والاصل أن الوكيل بالشراء اذا خالف يكون مشترياً بنفسه والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلاً بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيداً فاما اذا كان مطلقاً فانه راعى فيه الاطلاق ما يمكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها وتمنحها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمية عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة

وغير استخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريمها عن الكفارة وان كان نص التحريم مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر يتعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقضت الذات فلا يتناول مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله ان يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنها فاشترى الوكيل جارية ان يشتري بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلم تمنع النفاذ على الموكل لضيق الامر على الوكلاء ولا امتنع عن قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لا مكان التحرز عنه والفصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيادته متحققة وقد روي محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقد نص ابن أبي القليل بالدهن وفي الحيوان بالدهن يارده وفي العقار بالدهن وازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أولا والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقا ولو أعتقه بعد ما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجوز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترا للموكل فكيف ينقذه منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ولا يبي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقد أموقفا فلما ذه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عقد أموقفا على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كرحضة بمائة درهم فاشترى نصف الكرحضة بخمسين وكذا لو وكله بشراء عبد بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحد أمنها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الى خير وذال لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا (وجه) قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشتري به عبيدين كل واحد منهما يساوي مائة روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة إذا وكل رجلاً بشراء عبيدين باعياً بهما بالف درهم وقيمتيهما سواء فاشتري أحدهما بستائة درهم لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد إذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه وهذا لا يتحقق خلافاً والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه وإذا اشتري يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بحضور من الموكل كما لا يملك الموكل عزله إلا بحضور منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشتري يكون مشترياً لنفسه إلا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل فالمشتري له وإذا قال الموكل اشتريته لى وصدقه الوكيل فالمشتري للموكل لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراءه لنفسه واحتمل شراءه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لى يحكم فيه الثمن فإن أدى الوكيل الثمن من درهم نفسه فالمشتري له وإن أدهم من درهم موكله فالمشتري لموكله لأن الظاهر نقداً ثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهد للثمن فكان صادقا في حكمه (وأما) إذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبي يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد أن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشتري له (وجه) قول أبي يوسف أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لأن الحقوق في باب الشراء ترجع إلى الوكيل فيؤدي إلى الحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً مطالباً ومطالباً ولأنه متهم في الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشتري من ولده الصغير لأن ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشتري من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه وكذلك الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا اشتري بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتغابن في مثلها وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه وقد مرّت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعت الوكيل جاز لأن المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالامر والجازة ولودفع إليه درهم ووكله أن يشتري له به اطعاماً فهو على الحنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً لا يطعم لكنه ينصرف إلى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع إليه قليلاً كالدرهم ونحوه أو كان هناك ولية فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن إن كان قليلاً ينصرف إلى الخبز وإن كان كثيراً ينصرف إليهما ولو قال اشتري بدرهم لحمًا ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشترى الناس منه في الغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والأبل إن جرت العادة بشراؤه ولا ينصرف إلى المشوى والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً أو نزل خاناً ودفع إلى إنسان درهمًا ليشتري به لحمًا ولا إلى لحم الطير والوحش والسماك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة لا نعدام جريان العادة بأشترائه وإن اشتري مسلوخاً جاز على الموكل لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لأنها ليست بلحم ولا يشتري مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل إليه بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحمًا فكل هذه الأشياء أنه بحث لأن مبنى الإيمان على العرف ذكرنا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً ألا ترى أن حكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشتري الوكيل القديد لا يلزم الموكل لا نعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب ولا إلى شحم البطن والألية لأنها ليسا بلحم ولو وكله بشراء ألية لا يملك أن يشتري لحمًا لأنهما مختلفان اسماً ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو

فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطري الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النىء دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لا نعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن يشتري أى فاكهة تباع في السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت العين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشتري لبنا فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والابل وكذا اذا وكله بشراء السمك فان استوفى عليهم جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكباش لا يملك شراء النجعة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكباش اسم للذكر والنجعة اسم للانثى وكذا ولو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكراً وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدوري رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبعثى ضرب خاص من الابل والنجبة ضرب معروف بسرعة السير وهي كالحمار في عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أو هاهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازه أو باجازه الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيها وكلاهما أم الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يحجز حتى يحجز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما واجتمعا على ذلك ممكن فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا في البيع الا ان في الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعق على مال والمخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما باقراده وكذا ما خرج مخرج التمليك بان قال لرجلين جعلت أمراً أنى بيديكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق لانه جعل أمر اليد تمليكا ألا ترى انه يقف على المجلس والتمليكات هي التي تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا يزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والا مائة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بما تهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضا جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيها وكلاهما لان هذه التصرفات مما لا يحتاج الى الرأى فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف الى كل واحد منهما باقراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف باقراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضي بما يملكه الخصام واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تقوى أيضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خصم كان تمثيلاً الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة لك القبض عندئذ لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما باقراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعاً وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضى الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (أما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق والا صل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كاليابات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالملك والمالك كالا جنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيته ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيته غير ان المشتري اذا قدّم الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا قدّم المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان قدّم الثمن اليه وان كان قدّمه الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل ان كان قدّمه الثمن وان كان قدّمه الى الموكل أخذ منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيباً أن كان المبيع في يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا في الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعناق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فينشد يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببديل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا احتقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لهما كسبت وعليهما ما اكتسبت وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعاً الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الأمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الأمر والانا به بإيجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

بأثبات نوايع الحكم للوكيل توفيراً أعلى الشبهين حفظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوايع للموكل لأن الأصل في نقاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة نقاذه إذ لا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادته من قبل الموكل فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات التوايع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو وحد الحكمة وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو وحد السفه بخلاف النكاح وأخواته لأن الوكيل هناك ليس بتائب عن الموكل بل هو سفير ومعبّر بمنزلة الرسول ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فأنعمت النيابة فبقى سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة (فاما) إذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً رايته في بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له فاما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء ففسخ العقد وإن شاء أمضاه (وجه) قوله إن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختلف الرضا لأنه لا أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فإذا تبين أنها ليست عليه اختلف رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية إن الجهل بالمحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي لأن الأصل فيه هو المحجر والأذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالمحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا يصنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشراً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتمان والاستيهاج الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنبي عنها فلك توكيل غيره فيها (ومنها) أن المقبوض في يد الوكيل بمجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده بدنيابة عن الموكل بمنزلة المدودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع إليه مالا وقال اقضه فلا ناعن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلى وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على التبريم في إبطال حقه وتجب التبريم على أحدهما لا عليهما لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما مدون المصدق فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه فإن حلف برى وإن نكل لزمه ما دفع إليه وكذلك لو أودع ماله رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المدودع دفعته وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو دفع المدودع الوديعة إلى رجل وادعى أنه قد دفعها إليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك لأن المدودع يدعى عليه الأمر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على التبريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعته إليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الابينة أو بتصدق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعي
الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الابينة أو بتصدق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ
أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه
لان قولهما حجة في حق أنفسهما لا في ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو
كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان
نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه
لو لم يدفع اليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل
بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا نقض الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيئاً ولكنه أمره
بقضاء دينه فقال الوكيل قضيت وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل اليمين انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته
وبرى الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت باليمين كالثابت حسام ومشاهدة وقد
ثبت قضاء الدين باليمين فله ان يرجع ولو لم تكن له يمينه وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل
يدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن
أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر
وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على
الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على
العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون
الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويفرم ألماً أخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره
وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدرى رحمه الله وذكر
في الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان
الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لانه مقرر
واقرار كل مقرر حجة في حقه فكان الاول أشبه ولو دفع الى انسان ما لا يقضى دينه فقضاء الموكل بنفسه ثم قضاء الوكيل
فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم
بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو اضمن لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصبح الا بعد
علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعدياً في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان
عليه وليس هذا كالموكل يدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم
يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأثور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط القرض بتملك المال
من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضموناً عليه فاما
قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض
بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على
القابض ويقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض
بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد
القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعدياً فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل في انه لم يعلم
بدفع الموكل لان القول قول الامين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل
بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعث

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (أما) إن كان الموكل يسلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه فإن لم يكن يسلم العبد إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يجوز أما إن صدقه في ذلك أو كذبه فإن كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيه ما وكذبه في الهلاك فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده وإن كذبه في ذلك كله بان كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار إن شاء نقد الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع وإن شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما قد كذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويحبر المشتري على ما ذكرنا إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل بشيء لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه لأنه أمين ويحبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه إياه ولا يؤثر المشتري بنقد الثمن ثانياً إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصديقه ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده هذا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل فأما إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويبرأ المشتري من الثمن ولا يمين عليه (أما) إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشك في كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لأن الوكيل أقر براءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل فإن حلف على ما يدعيه يرى من الثمن وإن نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لأن الموكل لم يصدق على قبض الثمن فأقر الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فإن نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فإذا رد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن إن أقر بقبض الثمن منه ولو لم يقر بقبض الثمن على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل وإن لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فإن نكل رجع عليه وإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لأنهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فإن نكل رجع عليه والمبيع له وإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيعه في قولهما وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كييع مال المديون المماس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لأنه ما رد عليه فسحاً عادت الوكالة فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه إن أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وإن أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فإن كان فيه فضل رده على الموكل وإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) أن الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه ما لا يقضى دينه منه فقضاء من

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لأن الأمر بقضاء الدين من مال غيره استقرض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذلك الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله أن المبيع أمانة في يد الوكيل ألا ترى أنه لو هلك في يده فإهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضماناً للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشتري وإذا طاب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضموناً عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضموناً ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضموناً ضمان الرهن وقال زفر يكون مضموناً ضمان الفحص (وجه) قول زفر ما ذكرنا أن المبيع أمانة في يده والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها فإذا حبسها فقد صار غاصباً والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يستعطف به إلا كهما فكانت مضمونة بالاقبل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قوله ما أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكا والله عز وجل أعلم

فصل ١٠ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول والله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء منها عزل الموكل إياه ونهيها لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرط أن أحدهما علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ فإذا عزله وهو حاضر انعزل وكذلك لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال إن فلاناً أرسلني إليك ويقول إنني عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كأنما كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل حراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن سجت عبارته على أي صفة كان وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعاً سواء بصدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات فإن لم يكن عدلاً فخير العدلين أو العدل أولى وإن أخبره واحد غير عدل فإن صدقه ينعزل بالاجماع وإن كذبه لا ينعزل وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه (وجه) قولهما أن الأخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الأخبار في سائر المعاملات (وجه) قول أبي حنيفة أن الأخبار عن العزل له شبه الشهادة لأن فيه التزام حكم الخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار أحدها وطاها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفيعته عند أبي حنيفة وعندهما بطلت شفيعته وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختاراً للفداء عند أبي حنيفة وعندهما يصير مختاراً للفداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجوراً عنه وعندهما يصير محجوراً وأما عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بينها وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشتري كان للمشتري ان يرجع بالنهن على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثاني أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعي عليه وكيل بالخصومة مع المدعي بالتقاس المدعي فعزل المدعي عليه بغير حضرة المدعي لا ينزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعراق لا يملك لانه لما وكله وكالة تامة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو امر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدى ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان في البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هي اباحية وللمبيع حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيل وكالة مستقبلية فعزله ينزل ولكنه يصير وكيلاً ثانياً وكالة مستقبلية كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقت لك كلما عزلتك فانت وكيل فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلاً بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينزل الوكيل ولا يصير وكيلاً بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على كالتة بعد العزل وكالة مستقبلية والاول اصح لانه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بالمر الموكل وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لان الجنون المطبق يبطل لاهلية الأمر واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبي يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نذرت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالتة حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعاً لان ردة المرأة لا تمنعها من تصرفها لانها لا تؤثر في رتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انساناً فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية أمره بالتصرف في المال فيبطل الأمر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت يبطل لاهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتداً لم يحجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كانه لم يرتد أصلاً وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافي الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يحجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لا اختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم بطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد
ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة
لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد مسلماً الا فيعود بمحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة
الموت ولومات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف
الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حراً الاصل
لان الوكيل عجز عن التصرف لان ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه
بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك
الا فيعود بمحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف
فيما وكله به والوكيل بعد ما عزل لا يعود وكذا لا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع
في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة (وجه) الفرق له
لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لانه عجز عن تزويجها
منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع
امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة واقضت
عديتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث واقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها
تحتل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه
امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل
الامتنال فانه انتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الموكل ثم رد عليه بقضاء قاض
ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل ويجعله كأن لم يكن فلم يكن هذا تكرار حتى لو
رده عليه بغير قضاء قاض لم يحز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد
التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابتها أو بنحو ذلك لان التصرف في
الحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرنا له أن
يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن
الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم
به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل
بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حراً الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك
العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولاً بتصرف الموكل لكنه صار
مغرواً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كقبيل له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان النمر وفي
الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى النمر ولا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخوانها فهو الفرق ولو وكله بقبض
دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان
لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل بدنيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب
كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

— — — — —

كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أولم يصح من الاصل (أما) الأول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه و صلح عن انكاره و صلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع وعند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى الم شروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعي رحمه الله الم شروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجهه) قول الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعي حقاً ثابتاً ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلا لأن الحق لو ثبت قائماً ثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكر أحكاماً حتى تسمع عليه البيينة فكان انكاره معارضاً للدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً وبظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم هم الضعفاء من أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بحضور من الحصاة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذا اقرار مسألة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من ايتاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعاً

﴿فصل﴾ وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا أو يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم

عقد الصلح

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذي يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لا نعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البيينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أضعف له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الخط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فرقاً بينه وبين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع باجل فيملكه متأخراً عن العقد أيضاً بخلاف الخط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك خط بعض الثمن لاجل العيب لان خط بعض الثمن للعيب قد يكون أضعف من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز لان الثمن أضعف من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فخط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الخط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه ديناً فاقرب به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصيح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان ديناً وهو مأذون فأقرب به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصيح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه ديناً فأقرب به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذ لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهوره حق المولى لانه يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في دينه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراً به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لا مكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغين اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أب كان المصالح أو غيره وان خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصاية لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سيبل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولى عليه ولا سيبل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت ويملك الاب استيفاء القصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك انكاحه دون الوصي إلا أنه يملك القصاص فيادون النفس لأن مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في النفس ويستوفى القصاص فيادون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويقضى بالنكول في الأطراف كما يقضى به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضى به في النفس وله ولاية التصرف في الحال والمآل فيلبي التصرف فيما دون النفس ويملك الأب الصلح عن القصاص في النفس ومادونه لانه لا يملك الاستيفاء فلا يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيادون النفس لانه يملك الاستيفاء فيادون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدوري رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الأب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لأن الخطأ تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والخطأ القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الخطأ نقصان متحقق لأن الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لأن العوض فيه غير مقدور باختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالأب والجد والوصي لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدًا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نقاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نقاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لأن حكمها حكم الحربية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها بدار الحرب

فصل وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الحر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لأن في الصلح معنى المعاوضة مما لا يصح عوضا في البياعات لا يصح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو ديناً أو منفعة ليست بعين ولا دين لأن العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون ديناً وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعراض في بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقد اوصفت واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الخنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون ديناً وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبذل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو ديناً أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو ديناً بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا ثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصالح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمناف
البياعات عينا كانت أو دينا الا الحيوان لانه يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال أصلا والياب لا تثبت دينا في الذمة
الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة
من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن
عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أو دنا نير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما)
ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان
الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواء لا يجوز لانه بائع
ماليس عنده لان الدراهم والدنا نير أثمان أبدا وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ماليس عند
البائع وانه منهى عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان
صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل
حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء
عين حقه أصلا ووصفا لو صالح على أقل من حقه قدر او وصفا بان صالح من ألف الجياذ على خمسة نهر جة يجوز
أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والبراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على
الصالح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدي الى البر بالانه يصير بائعا لثلاثة نهر جة وانه ربا فيحصل على
استيفاء بعض الحق والبراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون
صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه ووصفا لا قدر بان صالح عن ألف جياذ على ألف نهر جة أو صالح على أقل
من حقه قدر لا ووصفا بان صالح من ألف جياذ على خمسة نهر جة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والخط
والبراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا
بان صالح من ألف نهر جة على ألف وخمسة نهر جة أو صالح على أكثر من حقه قدر لا ووصفا بان صالح من ألف جياذ
على ألف وخمسة نهر جة لا يجوز لان نهر بالانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقي
وان صالح على أكثر من حقه ووصفا لا قدر بان صالح من ألف نهر جة على ألف جياذ جاز ويشترط الحلول أو
التقبض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس يبطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه
وصفا وأقل منه قدر بان صالح من ألف نهر جة على خمسة نهر جة لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف
الأخر وكان يقول أولا لا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسة نهر جة فيبقى عليه
خمسة نهر جة الا أنه أحسن في القضاء بخمسة نهر جة فلا يمنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسة نهر جة
(وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من ألف النهر جة على خمسة نهر جة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان
الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلة جنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء فلا يصح
الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصل سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن
يجعل استيفاء عين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه في الردى لا في الجيد فيحمل على المعاوضة
فيصير بائعا لثلاثة نهر جة بخمسة نهر جة فيكون ربا وكذلك حكم الدنا نير والصلح منها على دنا نير كحكم الدراهم في جميع
ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنا نير أو من دنا نير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى
الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حط لا معاوضة لانه لو جعل
معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنا نير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعة مائة بخمسين
فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصالح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حط للدنا نير أصلا وبعض الدراهم

وذلك تسعاً وثلاثين البعض وذلك مائة الى شهر وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل خطأ واسقاط للكر لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالا ن عليه لرجلين لا أحدهما دراهم والآخرون نير فصالحه على مائة درهم جاز وطريق جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وخطا واسقاطا في حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينيهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضاً عنها فيكون صرفاً فإيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضاً لانه يؤدي الى الربا فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي والاصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق وإبراء عن الباقي لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا اذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر خطأ للحلول وتأجيل الدين وتجوز ابدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة فقد ذكرنا انه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي وأما اذا صالح على خمسمائة أن يعطيها اياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتاً (وأما) ان لم يوقت فان لم يوقت فالصلح جائز ويكون خطأ للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيئاً لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر لزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الخط على هذا بان قال للمريم حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لما بينا وان وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطنيها اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط عدم وامان نص عليه فقال فان لم تعطني اليوم أو ان لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرى عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بلا خلاف وكذلك الخط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط عدم فان اعطاه في اليوم برى عن خمسمائة بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيئاً لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجباً عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما اذا قال فان لم تفعل فكذا لان النصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه فكان مفيداً (وجه) قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انقضاء العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للعالم لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لا نقضاً للعقد عند عدم التعجيل فصار كانه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق القسح بالشرط لا تعليق العقد كما اذا باع بألف على أن ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فان لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على القسح لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة الى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة الى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حططت عنك خمسمائة على أن توفي رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالألف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا هنا علق الخط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لا نقضاً للخط وفي الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالألف والقسح للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثاني

أوثق من الاول وكذلك لو جعل المال نحو ما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لانه جعل الاخلال بنجم شرط الحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولو كان له عليه ألف فقال بأدلى من الالف خمسمائة غدا على أنك برى من الباقي فان أدى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقي اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرّت المسئلة ولو قال ان أدبت الى خمسمائة فانت برى من الباقي أو قال متى أدبت فادى اليه خمسمائة لا يبرى عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الخط أو الامر لان ذلك ليس تعليق البراءة بالشرط على ما مر ولو قال لمكاتبه ان ادبت الى خمسمائة فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لا يخلو من ان يشترط التعجيل أو لا يشترط فان صالح على أقل من حقه قدر أو ووصفاً أو قدر أو ووصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جازو يكون حطاً وتجاوز بدون حقه وله ان يأخذ الباقي بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل بوجوبه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالخط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته قبل التلّف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقاً للمأنة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس في تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كراخطة فنقول والله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلاً بان كان كراخطة مثلاً فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدر أو ووصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدر أو ووصفاً جاز ويكون حطاً لا معاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً وان صالح على أقل من حقه ووصفاً لا قدر أو جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وإبراءه عن الصفة فلا يشترط القبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدر أو ووصفاً أو قدر أو ووصفاً لا يجوز لانه باوان صالح على أكثر منه ووصفاً لا قدر أو بان صالح من كره ردى على كرجيد جاز ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كرم مؤجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضى بدون حقه كإفاد الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالاً فان كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا في الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من السكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان السكر الذى عليه سلباً لا يجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلباً فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معيناً مشار اليه لانه لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا في الذمة جاز أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعا إلا انه لا بد من القبض في المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض في المجلس شرط احتراز عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزوناً ديناً موصوفا في الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلاً أو موزوناً ديناً موصوفا في الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدر او وصفا فان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب هر وى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدر او وصفا أو وصفا لا قدر ايجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وخطأ للباقي وبراء عنه أصلاً ووصفا والبراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدر الا وصفا بان صالح من ثوب ردى على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نهر جرة على خمسمائة جياة أو صالح من كر ردى على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردى على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة في غير الاموال الربوية عند مقابلة ما يجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل ان تكون الجودة متقومة في الاموال كلها لانها صفة مرغوبة تبذل العوض في مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها في الاموال الربوية نعبدا بقوله جيدها ورد ثيابها سواء بقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدر او وصفا بان صالح من ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وىين جيد يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس باقراده بحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدر الا وصفا بان صالح عن ثوب هر وى جيد على ثوب بين هر وىين رديين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدر بان صالح من ثوب ردى على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز ديناً كان أو عيناً لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالاً وان كان المدعى حيواناً موصوفا في الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مقرر في باب الدية في الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمقرر في الباب أصلاً وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضي نوعاً من الانواع المقروضة أو بعد تعيينه نوعاً منها فان صالح على المقر وض قبل تعيين القاضي بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفي شاة أو على مائتي حلة جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المقروضة بمنزلة تعيين القاضي فيجوز ويكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القاتل وكذا اذا صالح على أقل من المقر وض يكون استيفاء لبعض عين الحق وبراء عن الباقي وان صالح على أكثر من المقر وض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعاً منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المقر وض في الجملة بان عين القاضي مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب
 في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف
 جنس المقر وض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض
 لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست
 من جنس الابل فكان الصلح عليهما معاوضة فيجوز قل أو أكثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على
 دراهم في الذمة واقترا من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء
 عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الاترى ان من عليه اذا جاء بقيمة يبيع
 من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضى عليه بالابل فان
 قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل
 هذه الاشياء دراهم ودنانير وانها آثمان فتتبع هذه بمبيعة وبيع المبيع الذى ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا
 اذا صالح على المقر وض في باب الدية فاما اذا صالح على ما ليس بمفروض أصلاً كالسكيل والموزون سوى الدراهم
 والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضى جاز وان كانت قيمته أكثر من المقر وض لكن
 القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضى فهو على ما ذكرنا من
 التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا هذا الذى
 ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو
 على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى
 عليه أو عن انكاره أو عن سكوته لان الاجارة تملك المنفعة بموض وقد وجد اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل
 الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعى وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة
 واليمين وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكماً سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تملك المنفعة قد يكون بالعين وقد
 يكون بالدين كما في سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من
 سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة في كتاب الاجارات
 واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان
 صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فاشبه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع
 بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤاجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة
 له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤاجره من المدعى عليه في مدة
 الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كالأجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كالأجره من المؤاجر
 في مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شئ من الاجارة كذا هذا وله
 أن يسافر به وذكروا في الاجارة ان من استأجر عبد للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر
 والفرق ان المسافر بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالايجر لان مؤنة الرد في باب الاجارة عليه ور بما يلزمه برده
 مؤنة تزيد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافر به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم
 صاحب العبد فاشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافر به كذا هذا ولو ادعى على رجل داراً في
 يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى
 متصرف في ملك نفسه ببذل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة
 لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوماً فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم في حقه وكذا اذا صلح على دن من خل فاذا هو خمر لم يضح
لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للصلح حتى انه اذا صلح على مال ثم استحق من يد المذموم لم يصح
الصلح لانه تبين انه ليس بمملوكا للصلح فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البذل تؤدي
الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على
صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح
وان كان مجهولا لان جهالة البذل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضاها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم فاذا كان
مالا يستغنى عن التسليم والتسليم لا يفيض الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا ان الصلح من القصاص في النفس وما دونه
تتحمل الجهالة القليلة في البذل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صلح
على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذا على هذا الخاطئ وعلى أن يسيل ميزابه
في داره أو ما معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة
لهذا لا يجوز بيعهما فلا يصح الصلح عليهما والا صل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا
فصل وما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا
عينا أو ديناً أو حقاً ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو
سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولي الا مر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح
من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض
واسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه وكذا اذا صلح من حد القذف بأن قذف رجلاً فصالحه
على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً فكان في
حكم الحقوق المتمحضة حق الله تعالى عز وجل وانما لا تحتمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صلح شاهد ايريد أن يشهد
عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى عز شأنه قال الله
سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير
حق ولو علم القاضي به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل ويجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد
وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البذل عينا أو ديناً الا اذا كان
ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة
حتى لو صلح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على
عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط
من ذلك وان شاء أعطى قيمته كافي النكاح فاما اذا صلح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب
أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لا خلاف الا ما كن
ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كافي باب النكاح والا صل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب
النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص وما لا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما
ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر
وانما يمنع منها لا فضاها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه
مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضياً الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان
مبناه على المما كسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق
والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البذل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح

يجب مهر المثل الآن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر
 ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصلح بدل الصلح
 بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل
 فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق
 الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكنت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البذل
 قدر الدية أو اقل أو أكثر لقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله عز وجل فن عني
 له أي أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أي فليتبّع مصدر
 بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف اذا أعطى له شيء واسم الشيء يتناول القليل والكثير
 فدلّت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمدة اذا صالح
 على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمدة عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم
 لا تزيد عليه فالزيادة على المقدّر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من
 جنس المال حتى يكون البذل عنه زيادة على المال المقدّر فلا يشقّ الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس
 بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان
 الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد
 البديلين فيصح بطريق الاسقاط فلا يؤدي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لان الساقط لا يحتمل
 ذلك وقد مر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثاني ان يكون حق المصالح والثالث ان
 يكون حقا ثابتا له في الحل فلا يكون حقا له أولا يكون حقا ثابتا له في الحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها
 زوجها ادعت عليه صبييا في يده انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب
 حق الصبي لا حقا فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولو ان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملها ولو
 صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في الحل
 انما الثابت له حق التملك وهو ليس لمعنى في الحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالى فلا يحتمل الصلح عنه
 بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك الحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا في الحل فلك الاعتياض
 عنه بالصالح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت
 للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة
 الوالى فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه وإبتان في رواية لا تبطل لانه ما رضى بسقوط
 حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفي رواية يسقط لان البراءة لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم
 يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيّف
 شارعه أو مزابه فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا
 واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقة
 الطريق النافذ لا تكون ملكا لأحد من المسلمين وانما هم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقة الطريق بل هو عبارة
 عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد
 بالصلح فللباقين حق القلع وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل
 لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذا فأما اذا لم يكن نافذا فصالحه رجل
 من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رقة الطريق هنا مملوكة لاهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

ملكاً فجاز الصلح عنه وكذا استنطاق حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لا حتمال تحصيل رضا الباقي ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون وكذا الوصلح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال لأن رقة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصيح فاما في طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بنى على الطريق فاما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرى من اليمين وكذا إذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي وجبت لك على أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا أصبح الصلح لأن هذا صلح عن حق ثابت للمدعى لأن اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندى ألك بينة قال لا قال أذك يمينه جعل اليمين حق المدعى فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعى وكذا الملك في المدعى ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لا سقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا وقال المدعى بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يحز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل أنه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز لأن هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعى لأن الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقاً على مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لا نكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعى بعد ذلك بينة لا تقبل إلا في حق اثبات الولاء وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزاً لأن الرق ثابت في حق المدعى فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبهه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى على رجل على امرأة نكاحاً فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لأن النكاح حق ثابت في حق المدعى فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبيع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقه بدل مال لا سقاط الخصومة وأنه جائز أيضاً للنص ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجحد الرجل فصالحها على مال بذلها لا يجوز لأنه لا يخلو أما أن يكون النكاح ثابتاً وألم يكن ثابتاً فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذ المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على إنسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برىء فالصلح باطل والمدعى على دعواه حتى لو أقام بينة أخذها به لأن قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برىء تعليق البراءة بالشرط وأنه باطل لأن في البراءة معنى التملك والاصل في التملك أن لا يحتمل التعليق بالشرط وإن لم تكن له بينة وأراد استحقاقه فهو على وجهين إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعى حقه مرة فلا يجب الإيفاء ثانياً ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالمراد واجب على المدعى عليه فهو باطل لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط وأنه باطل لكونه قماراً ولو ادعى إنساناً ودبعة ثم طلبها منه فقال المودع هلك أو قال رددتها وكذب المودع وقال استهلكتم افتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد أن هذا صلح وقع عن دعوى محيضة وبين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف أن المدعى مناقض في هذه الدعوى لأن المودع أمين المالك وقول الأمين قول المؤتمن فكان إخباره بالرد وإهلاكه إقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى إلا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى لأنهما من دفعه لبطلانهما بل للتمهة وإذا لم تصح الدعوى لا يصح

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انها هلكت أو رددتها فصالحا على شيء جاز لأن دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح ولو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم تودعني شيئا ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فصالحا جاز لأن المالك يدعى عليه ضمان العيب بالحدود إذ هو سبب لجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لأن كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبد أقطع فيه بيع وبخاصة فيه ثم صالحه على شيء أو حطم من ثمنه شيئا فإن كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وانما من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار المبيع بمال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح باطل لأن حق الدعوى والخصومة فيها قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بيضا في عين العبد فالحل بطل الصلح ويرد ما أخذ لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود المعوض فبطل الصلح ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لأن البراءة عن العيب ابراء عن صفة السلامة واستقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والبراءة عن كل عيب وان كان ابراء عن الجهل لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة البراءة للفقهاء الذي مر قبل هذا أن الجهالة لعينها غير مانعة بل لا فضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتبض والذي وقع الصلح والبراءة عنه لا يفتقر إلى التسليم والتبض فلا تضره الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء فالصلح جائز لأنه وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فصالحه لا بطل هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقرح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له أن يخصمه فيه لأن الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيئا من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تزوجه فهو جائز وهذا اقرار منها بالعيب فان كان يبلغ ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان أقل من ذلك بكل لها عشرة دراهم لأن ارش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيئا بارش عيب كان اقرارا بالعيب لأن الشراء معاوضة فالأقدام عليه يكون اقرارا بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقرارا بالعيب لأن الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصبح استقاطا فلا يصح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى ثوبين كل واحد عشرة فقبضهما ثم وجد بأحد هاهنا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع تبطله الشرط والفاسدة (وجه) قوله ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لأن الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه في معنى القمار فكذلك الزيادة عليه فاما الرد ففسخ العقد وانه يحتمل الشرط لجائز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لأن اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان ألفا وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف فهو باطل لأن المدعى لا يخلو اما ان يكون صاقا في دعواه الألف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالألف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ المعوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فأقرار المدعى عليه بالألف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز اذا كان بمحض من الشهود ويجعل كناية عن انشاء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت فقال أزيدك مائة على أن تقر لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) إذا كان بين المدعى واللاجبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو أمان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وإن كان بغير أمره فهو صلح القضولى وأنه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على النى هذه أو على عبدى هذا والثالث أن يعين البدل وإن كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وإن لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس أن لا يفعل شيئا من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه فى الوجوه الاربعه يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لا يستغراق الجنس ولأنه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وإن كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصبح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحة يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على مانذ كره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا تحقق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح القضولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبى لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبى على هذه الفصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل وإن كان بغير اذنها فهو على الفصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبى على هذا التفصيل ان كان باذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري وإن كان بغير اذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبى على هذه الفصول ثم لا يخلو أمان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبى ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح القضولى على خمسة عشر ألفاً وعلى ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان القضولى بالصلح فى مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين ف قضى عنه الفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الرأى ولا يجرى فى مختلفى الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لأن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا القضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير اعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا البعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجرى زيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختلف رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

استان الدية وضمنها فوجاز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على استنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضي عين الواجب فقصى عليه بالدرهم فصالح المتوسط على النقي دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف في راعي له شرائطه والله تعالى أعلم

فصل (وأما) بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملة ان المدعى لو كان داراً أو بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها للشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة تخلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح داراً أو الصلح عن اقرار المدعى عليه ثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا داراً بدار فبأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطى المدعى عليه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعاً ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار في جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه اذا كان عيناً فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يخلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعاً ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعى ولا يثبت في جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع قيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى في حقه الا أنه اذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد بدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاكه أو للزيادة أو لذات نقصان في يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه فان أقام البينة أخذ حصصة العيب وكذا اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شيء عليه ومنها الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وقرق الطحاوي بينهما والحق الرد في الصلح عن انكار ببذل الصلح عن القصاص وبالمر و بدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعي كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ما ذكر ومنها أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصلح أن يبيعه ويرى عنه قبل القبض وكذلك المهر والخلع والفرق إن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنالك الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الا انفساخ فلا حاجة الى الصيانة بالمنع كالمرور وبذا تبين ان الحاق العقد بالعقد الذي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لان الصلح لم ينفسخ في حق وجوب التسليم وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة (ومنها) ان الوكيل بالصلح اذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعي عليه فهذا في الاصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعي عليه لانه يكون جاري بجرى البيع وحقوق البيع راجعة الى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً إما ان ضمن بدل الصلح وإما ان لم يضمن فإن لم يضمن لا يلزمه لانه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع اليه الحقوق وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد (وأما) الفضولي فإن نفذ صلحه فالبطلان عليه ولا يرجع به على المدعي عليه لانه متبرع وإن وقف صلحه فإن رده المدعي عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجاز به جاز والبطلان عليه دون الفضولي.

فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول والله التوفيق ما يبطل به الصلح أشياء (منها) الاقالة فيما سوى القصاص لان ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للنسخ كالباع ونحوه (فأما) في القصاص فالصلح فيه اسقاط محض لانه عفو والعفو اسقاط فلا يحتمل النسخ كالطلاق ونحوه (ومنها) الحاق المرتد بالحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده على الاسلام والحقوق بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحر بية لان حكمها حكم الحر بية والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى (ومنها) الرد بخيار العيب والرؤية لانه يفسخ العقد لعلم (ومنها) الاستحقاق وأنه ليس باطلاً حقيقة بل هو بيان ان الصلح لم يصبح أصلاً لانه يبطل بعد الصحة الا أنه ابطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهراً فيجوز الحاقه بهذا القسم لكنه ليس باطلاً حقيقة فكان الحاقه باقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب الى الصناعة والفقهاء كان أولى (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لانه بمعنى الاجازة وأن تبطل بموت أحد المتعاقدين وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعة هل يوجب بطلان الصلح فلا يخلو اما ان كان حيواناً كالعبد والذابة أو غير حيوان كالدار والبيت فإن كان حيواناً لا يخلو اما ان هلك بنفسه أو باستهلاكه فإن هلك بنفسه يبطل الصلح اجماعاً وان هلك باستهلاكه فلا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان استهلكه أجنبي وإما ان استهلكه المدعي عليه وإما ان استهلكه المدعي فإن استهلكه أجنبي يبطل الصلح عند محمد وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعي الخيار ان شاء نقض الصلح وان شاء اشترى له قيمته عبداً يخدمه الى المدة المضروبة (وجه) قول محمد ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض وقد وجد وهذا ملك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستأجر سواء هلك بنفسه أو باستهلاكه كذا هذا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا صلح فيه معنى الاجارة وكما ان معنى المعاوضة لازم في الاجارة فعني استيفاء عين الحق أصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعاً ما مكن ومعلوم انه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لانها ليست من جنس المدعي فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك الا بعد ثبوت الملك له فيها فتجمل كانه ملكه في حق استيفاء حقه منها وبعد القتل ان تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفي من البطلان يشتري له عبداً فيخدمه الى

المدة المشروطة وله حق النقص أيضاً لتعذر محل الاستيفاء وان استهلك المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فأعقته يبطل الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد فأما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبداً آخر يخدمه إلى المدة المشروطة كما إذا قتله أجنبي وكالراهن إذا قتل العبد المرهون أو أعقته وهذا لأن رقبة العبد وان كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعى لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن وكذا لو استهلك المدعى بطل الصلح عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى قيمة العبد أو يشتري عبداً آخر يخدمه وهل يثبت الخيار للمدعى في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان فأما إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان أنهدم أو باستهلاكه بان هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعى الخيار ان شاء بناء صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه إلى المدة المضروبة وان شاء نقض الصلح ولا يعذر هنا خلاف محمد لأن إجارة العبد تبطل بموته بالاجماع وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار أن يبنها مرة أخرى في بعض إشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا يفسخ الصلح لأن الإقرار مبين أن الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقر المصلح لا مبطلاً له ولو أقام المدعى البينة بعد الصلح لا تسمع بيئته إذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فأقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بيئته وتبين أن للصلح الماضي حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا

فصل ١٠ وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعى إلى أصل دعواه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعى لا غيره إلا أن في الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص إلا أن يصير مفروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمأن المفرور أيضاً وبيان هذه الجملة أنهم إذا اتفقا على الصلح فيما سوى القصاص أو رد البذل بالعيب وخيار الرؤية فيرجع المدعى بالمدعى ان كان عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لأن الإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد وإذا فسخ جعل كان لم يكن فعاد الأمر على ما كان من قبل وكذا إذا استحق لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لقوات شرط الصحة فكانه لم يوجد أصلاً فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة إلا أن في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع بالمدعى وان فات شرط الصحة لأن صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن إلى بدل وهو الدية فأما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيمكن استيفاءه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء آخر إلا إذا صار مفروراً من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فتبضعها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لأنه صار مفروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وقيمة الولد لأنه تبين أنه كان مفروراً فأقر رجوع عليه بضمأن المفرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لأن العقر بدل لمنفعة المستوفى فكان عليه العقر وان كان الصلح عن القصاص في النفس أو ماديها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحققت فإنه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الدان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا وان كان الصلح عن انكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا وان حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فردته حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار يرجع إلى دعواه لأن المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين ولو صالح على دراهم مائة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحدثت أو وجدها زبوا فله ان يرجع على المصالح المتوسطة لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحدثت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) في موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض في حقهما جميعاً (وأما) في موضع الانكار فلا ن المأخوذ عوض في حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقات فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لقوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشئ لجواز أن يكون المدعى ما راء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صلح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خلع أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صلح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شئ وهو هنا يجب شئ لان هناك صار مفروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غره فيه شئ يكون ملتزماً ما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الفرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الامر بين والله عز وجل أعلم

كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع ثبت بفعل الشريكين ونوع ثبت بغير فعلهما (أما) الذي ثبت بفعلهما فتحوان يشتر ياشياً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلان فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) الذي ثبت بغير فعلهما فالإيراثان ورثاشياً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلالام فيها يقع في مواضع في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفي بيان حكم الشركة وفي بيان صفة عقد الشركة وفي بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتراكنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن مار زق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما بديل على شركة العقود بان قالما اشترينا فهو بيننا أو ما اشتري أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهم لما جعلوا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أراداه الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شئ من ذلك ان لم يذكرا الشراء ولا البيع ولا ما بديل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شئ فبينى وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصح على الشراء والبيع وان أراد به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة بل يكون المشتري بينهما بعينه كما اذا أورتا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي أن يفوض الموكل الرأى الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشتري في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لي من شئ اليوم

أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز أو قال ما اشتريت لي من شيء بالف درهم فهو جائز أو ما اشتريت لي من الزواجر فهو جائز وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية فإن نوي به الشركة كان شركة في عموم التجارات لأن الأصل في الشركة العموم لأن المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل إلا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وإن نوي به الوكالة كان وكالة ويقف محتملها على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن مبنى الوكالة على الخصوص لأن المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكتفي في الوكالة العامة ببيان أحد الأشياء التي وصفنا لأننا علمنا بتفويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فإن أتى بشيء مما ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك نصفين فقال الرجل نعم فإن أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك أن وقت مالا ولم يؤت يوما وكذا أن وقت صنفا من الثياب وسبى عددا أو لم يسبى ثمنًا ولا يومًا وان قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسبى شيئًا مما ذكرنا فإن أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لما يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد في الأصل في رجلين اشتراكا بغير مال على أن ما اشتري اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الأصناف أو عما ولم يخصا فهو جائز وكذلك أن لم يؤت للشركة وقتا كان هذا جائزا لأنهما لم يجعلوا ما يشتره كل واحد بينهما دل على أنها شركة وليست بوكالة لأن الوكالة لا تكون من الجانبين عادة وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص قال وإن أشهد أحدهما أن ما يشتره لنفسه بغير محضر من صاحبه فكما اشتري ياشيأ فهو بينهما لأن الشركة لما سمحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيا يشتره فهو بالاشهاد أنه يشتري لنفسه يريد إخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالأعمال فهو أن يشتري كل على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولان اشتريتنا على أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجه فهو أن يشتري كل واحد منهما مال لكن لهما واجهة عند الناس فيقولان اشتريتنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا ويسمى هذا النوع شركة الوجه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجه من الناس عادة ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظر أن من يبيعهما بالنسيئة ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى

فصل * وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا إنها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعي رحمه الله شركة الأعمال والوجه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الأموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المفاوضة وقيل في اشتقاق العنان أنه مأخوذ من العن وهو الأعراض يقال عن لي أي اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فمن لنا شرب كأن نعاجه * عذاري دوار في ملاء مدبل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لأنه يقع على حسب ما يعين لهما في كل التجارات أوفي بعضها دون بعض وعند تساوى المالين أو تفاضلها وقيل هو مأخوذ من عنان القرس أن يكون بأحدى يديه ويده الأخرى مطلقا يفعل بها ما يشاء فسمى هذا النوع من الشركة عنانا لأنه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء أولان كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتماطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قریشا في بقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهلهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لا اعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكره وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام في شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعي رحمه الله ان الشركة تنبى عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لانها وضعت لاستئناء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم اهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستئناء ولا بد من أصل يستنى ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتي على ضلالة ولائها يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستئناء المال فيستدعى أصلا يستنى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلا تنشرع لتحصيل الأصل أولى (وأما) الكلام في الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير تكبر ومارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل به على الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرر بأحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً ولا يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعاً (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا عرف ما المفاوضة فان عني به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة انها عبارة عن المساواة وان عني به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولائها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استئناء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو وان لم يكن عفو حالة الانفراد كما في شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا وان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً بل ضمناً للشركة وقديت ثبت الشيء ضمناً وان كان لا يثبت قصداً ويشترط للتأب مقصوداً لا يشترط للتأب ضمناً وتبعاً كقول الوكيل ونحو ذلك

فصل * وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فليجوزها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد

منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لماعلم في كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولاً تفسد الشركة لان الربح هو المفقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما في البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً فان عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهي التي لا تتعين بالتعيين في المعاملات على كل حال وهي الدراهم والدنانير عانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة في العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بيع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشترى به بيننا جاز ولان الشركة في العروض تؤدي الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي الى جهالة الربح ولان النبي عايه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض تؤدي الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيسقط البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما درهم ومن الآخر عرض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العرض نصف عرضه بنصف درهم صاحبه ويتقاضيا ويخلطان جميعاً حتى يصير الدرهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبرع فيلحق رأس مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعرض وفي كتاب الصرف جعله كالائتمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا يفسخ العقد والا مر فيه موكل الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) القلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروضة وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبني على أصل وهو ان القلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً باصلاح العاقلين حتى جاز بيع القلوس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثماناً مطلقة لا حتماً لها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاملات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للقلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أنى جواز بيع الواحد منها بثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبي يوسف انه تجوز الشركة بالقلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدد الاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعديدات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا يرى انه لو قال آخر قبل الخلط بيع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يحجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيها اذا كان المكيل نصفين وشرط الربح أثلاثا فخلطاه واشترى به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالكين نصفين وعلى قول محمد على ما شرطه قول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس (ووجه) التخرج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدرهم والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعديدات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلط حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقد عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لا دينيا ولا مالا غائبا فان كان لا تجوز عنانا كانت أم مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بها ما بيع فارجحت يكون بيننا فقام المأمور بالينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدرهم بالدنانير أو الدنانير بالدرهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لهما درهم واحد والاخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصالح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والاخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاط رأس المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لا اختلاط الربح لا اختلاط رأس المال واختلاط الربح بوجود وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة المضاربة والفرق بينهما يذكروا في كتاب المضاربة (ومنها) ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بان يكونا حريين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يجتران فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لئلا يذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة في رأس المال قدر ما هي شرط صحة المفاوضة بخلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدر الم تمكن مفاوضة لأن المفاوضة تنبني عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا القيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما محاحا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألعا بيضاء والآخر ألفا سوداء أو بينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبي يوسف أن أحدي الالفين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لأن الجودة في أموال الر بالقيمة لها شرعا عندما يمتثلها بجنسها فسط اعتبار الجودة فصار كأنهما على صفة واحدة وهل تشتط الحانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشتط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد أن استوى باقي القيمة ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنه لا تكون مفاوضة وان استوى باقي القيمة (وجه) هذه الرواية أن عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لأن القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لأنهما من جنس الأثمان فكانت الحانسة ثابتة في الثمنية (ومنها) أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما يصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فإن كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لأن ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأزواج والأولاد (ومنها) المساواة في الربح في المفاوضة فإن شرط التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أنه لا تجوز مفاوضة بين المسلم وبين الذمي لأن الذمي يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الحمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف يجوز لا استوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لا استوائهما في التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمتردد ذكر الكرخي أنها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمهم الله لأن تصرفات المتردد متوقفة عنده لوقوف أملا كما فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الأصل وقال قياس قول أبي يوسف أنه يجوز يعني قياس قوله في الذمي ولا يي يوسف أنه يفرق بينهما من حيث أن ملك المتردد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى أن قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاضل مسلم متردد ذكر الكرخي أنها لا تجوز وقال القدوري رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة وأما مفاوضة المتردين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المتردين أموقوفه فإن أسما جاز عقدهما وان قسلا على ردتهم أو ماتا أو لحق بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن لا تجوز أما عند أبي يوسف فلأن نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب ومملكتهم ناقصة لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلأن المتردد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح إلا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أو مات أولحق بدار الحرب زالت أملا كعند أبي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو بالخلاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذي لانه يباشر عقود التجوز في الاسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره ولهذا كره توكيل المسلم الذي ولو شاركه شركة عنان جاز كماله وكله (ومنها) لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يفنون على ذلك وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة في العقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة بطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقد شرط في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد ما يقف محته عليه ولا يقف بحجة العنان على هذه الشرائط فقد انما لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأس المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات بل يجوز عام وهو أن يشترط في عموم التجارات وخصوصا وهو أن يشترط في شيء خاص كالبر والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا بالمالا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان أمثوبت الاستحقاق بالمال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون للمالك ولهذا يستحق رب المال الربح في المضاربة واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقاولة الضمان خراجا بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراج له والدليل عليه ان صانعا قبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا بالضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرط الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما والوضعية على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضعية اسم لجزء هالك من المال فيقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرط الاحد هما فضلا على ربح ينظر ان شرط العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رحمه الله ولا خلاف في شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريك ان يكون ملك ماشية لاحد هما فضلا من أولادهما وألبانها لم تجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال لانه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بيننا وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالكين لما قلنا وان شرط العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي شرطاه ففضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحاً لم يجز لان الذي شرطاه الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالكان متفاضلين وشرط التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرط العمل عليهما وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالكين عنده وان شرط العمل على أحدهما فان شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطاً (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لمينها بل لا فضائها الى المنازعة ووجه جهالة رأس المال وقت العقد لا تنفي الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهر او غالباً لان الدراهم والدنانير تو زان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفوضة منها (فن) شرائها أهلية الكفالة (ومنها) التساوي في الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفوضة لما ذكرنا في الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال مات تجوز فيه الو كالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الو كالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشترى كاعلى أن يصيد أو يحطبا أو يحتشا أو يستقي الماء ويبيعه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الو كالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلاً ليعمل له شيئاً من ذلك لا تصبح الو كالة كذا الشركة فان تشاركوا فخذ كل واحد منهما شيئاً من ذلك منفرداً كان المأخوذ ملكاً له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما منفرد بالاختصاص والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعاً كان المأخوذ بينهما نصفين لا استوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على انفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما بما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليقين على دعوى صاحبه لان الشيء في أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك بوجوب التساوي في الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما أو أعانه الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ (أما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمي وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزداد على المسمى هناك كذا هذا هنا والجامع بينهما انه رضي بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بيع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا وافرقت محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هناليس
بمعلوم بل هو معدوم لانه ما سمي الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطه
الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله
لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف وان لم يكن له ربح فلا شيء له وعند محمد له أجر مثله بالقأ ما بلغ ربح أو لم
يربح وستأني المسئلة في كتاب المضاربة ولو ان رجلاً اجلس في دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس
ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العر وض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الخانوت والخانوت من العر وض
وشركة العر وض غير جائزة وفي الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من
صاحب الخانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه
جائزة بان يوكل خياط أو قصار أو كيا لا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل
وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسله جميعاً كان ما أصاب بينهما لا يستوئهما في سبب الاستحقاق ولو كان
الكلب لاحدهما وكان في يده فارسله جميعاً فأصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبي لا عبرة به مع
ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما
كلبه فأصابا صيد أو واحد كان بينهما نصفين لانهما تساوا في سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما
صيد أعلى حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاخص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولا حدهما بغل
وللاخر بعير على أن يؤاجر ذلك فمأرزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فأجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل
معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة
على هذا الوجه لا تصح الا ترى ان من قال لا آخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بينهما لا تصح الوكالة كذا الشركة
ولان الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر
البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجرة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببذل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم
على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان يؤاجر البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببذل
معلوم فملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد بمنزلة
عمل الخياطة والقصارة فكان البذل بينهما على قدر الضمان وقد تساوا في الضمان في تساوا في الاجرة ولا عبرة بزيادة
حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريرين في شركة الصنائع لان البذل يقابل الضمان والبغل والبعير
هنا آلة ايفاء العمل ولو أجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا أجر البغل بعينه كانت
الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان
كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبي
يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالقأ ما بلغ على ما ذكرنا في
شركة الاحتطاب قصاران لا حدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا على ان
النكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزاً وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا ببذل العمل لا عن
الآلة وقد صار العمل مضموناً عليهما فكان بدلهما وكان أحدهما معيلاً للآخر بنصف الآلة والآخر معيلاً له
بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهي ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولا حدهما دابة
وللاخر كاف وجو القان على ان يؤاجر الدابة على أن أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة
لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعاً اما فساد الشركة فلما ذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة
واما الاجر فلانه ببذل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الاخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلهما

ولو دفع دابة الى رجل ليؤجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعهما بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتحاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها واختلفت كالحياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتحاق الصنعة كالقصارين والحياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشتري بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لفصلنا فيما تقدم بتمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرط على التساوي والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان فان شرط لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري لان الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا تجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فإذا كان يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لا خردفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الألف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل في مال معين

فصل وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحدا وهو ان كل واحد من الشريكين كانه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاهما بألف درهم وألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته ألف درهم أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه قبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فلا خراً أن يشاركه فيما خذ منه نصف ما قبضه والا صل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيئا منه فلا خراً أن يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح في العين من غير تمييز في الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التملك لان ما من جزأين الا واحد منهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فحمل المقبوض من النصيبين جميعاً للثلاث يؤدي الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقبض أن يمنع عنه بأن يقول أنا أعطيت مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقسه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ ما إذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد ألا ترى ان من عليه الردى إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض الردى عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقبض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقبض ما بقي له على الغريم وذلك مائتان وخمسون ونكون الشريك باقية في الدين كما كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه على حاله فان أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمه نصف ما قبض لانه أ تلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه فان لم يقبض أحد الشرعيين شيئا ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئا لانه لم يقبض شيئا من الدين بل أ تلف حصته لا غير فلا يضمن فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربع مائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسمالا ان القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابرأه بعد القسمة شيئا مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم يقبض أحدهما شيئا ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فلشريكه أن يضمه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثلث في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا جميعا على الشريك في الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك ورضي شريكه به صار كانه باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيئا ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيئا على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوبا عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقتك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول ديني قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى غيري لا يسقط مالي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجهها واحدا وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقبض ليسلم له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا أنه ليس له في هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تلك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يحز تأخير في قول أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عند أبي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه لا يجوز تأخير في نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف (وجهه) قوله ان نصيبه مملوك فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالبراءة فالتأخير أولى لانه دونه ولا في حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشرعيين بنصيبه على وجهه لا يكون للآخر فيه

حق وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز إذ هو اسم للفعل أو مال حكى في الذمة بخلاف البراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذي لم يؤثر نصيبه لم يكن للذي أخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فاذا حل صار كأنه لم يزل حالا فتثبت له الشراكة فان لم يقبض الاخر شيئا حتى حل دين الذي أخر عاد الامر الى ما كان فاقبض أحدهما من شيء يشركه الاخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتر وجهها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكة أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف (وجه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكة أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكة كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكة يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشراكة فكان له أن يضمه وروى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شجع المطلوب موثقة عمد أفصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكة لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيئا بقدر نصيبه من الدين فلشريكة أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لا أحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكة لانه ما استوفى الدين بل قضى ديننا كان عليه اذا اصيل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثاني لانه كان واجب القضاء قبل الثاني واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى وذكر ابن سماعه في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرى من حصه القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه في أخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسله أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسله فرق بين هذا وبين ما اذا صلح على نفس الدين أو تزوج به (ووجه) الفرق ان العقد هنا هو الصلح والنكاح وقع على مافي الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوجه فان العقد هناك ما وقع على مافي الذمة مطلقا لا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتراكا بالخصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجني سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بمحضته فهلك الرهن عنده فلشريكة أن يضمه لان قبض الرهن قبض استيفاء ومهلك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

المطلوب عبد افات عنده فليشريكه أن يضمه لأنه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغموب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت إحدى عيني العبد بأقفة سماوية في ضمان الغاصب فردته لم يرجع شريكه عليه بشئ لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئا بخلاف نفس العبد لأنه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بأقفة سماوية وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً يفسد أو قبضه فأت في يده أو باعه أو اعتقه أنه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بأقفة سماوية فردته لم يضمن لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها أنها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فأنما الشركة بالأموال فنبن أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لا حد شريكي العنان والمفاوضة أن يعمل في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلا حد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لأنهما بعقد الشركة اذن كل واحد صاحبه ببيع مال الشركة ولأن الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولأن غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة إلا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنان كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة أنه أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لأن الاذن بالبيع يقتضي الشركة وجد مطلقاً ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا إلا بما لا يتغابن الناس في مثله لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً أنه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز في نصيب نفسه فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك إذا أخر أحدهما نصيبه هذا إذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما إذا عقد أحدهما ثم أجل الآخر فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه لأنه مالك وعاقده وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع أنه يملك تأخير الثمن والبراء عنه عندهما وعند لا يملك (وجه) البناء ظاهر لأن العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه وهي من مسائل كتاب الوكالة إلا أن هناك إذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهذا لا يضمن الشريك العاقد لأن الشريك العاقد يملك أن يقابل البيع ثم يبيعه بنسيئة وإذا لم يقابل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقابل ويبيع بالنسيئة فإذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا إذا كان في يده مال ناضل للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئاً نسيئة فاما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيئاً كان المشتري له خاصة دون شريكه لا نالو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستديناً على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لأنه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالائتمان استدانة بخلاف ما إذا اشترى بها وفي يده مثلها لأن ذلك ليس باستدانة وحكي الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه إذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر الجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أن أنفق الشريك في الدراهم مع الدنانير لا يختلف الجنس حقيقة فيصير كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر الجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى أنه أن يبضع مال الشركة لأن الشركة تنعقد على عادة التجار والأبضاع من عادتهم ولأنه أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فلا يبضع أولاً لأن استعمال البضعة في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لأن

الابداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك إلا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريك لان كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبي فيه لانه لم يملكه فبقى ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صححت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد في الاصل عن أبي حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك (وجهه) رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجهه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل في مال الشركة فلا يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شئاً بعمله الا اذا كان في المضاربة بربح فلما ملك الاستئجار فلا يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة في الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة تمثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والتوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة تمثل الوكالة وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وسنذكره في كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فان كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ ما لا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو أجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجهه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرة بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز في حصبة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين في شركة الاملاك أجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكلا ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتها والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان في بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد منهما المالك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيل في تقاضى ما دأبه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيرا لشي من تجارتها لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجبد آمنه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجري مجرى الاعيان فكان الاستعجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستعجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله في العقد وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد في كتاب الرهن اذ ارهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليها لم يحجز وكان ضامناً للرهن ولو ارتهن بدين لهما اذ اناه وقبض لم يحجز على شريكه وذلك محمول على ما اذ ارهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقد هما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله الا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضموناً كالصحيح فكان مستوفياً حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفياً لجميع الدين فيصير مستوفياً حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه اعاسلم اليه لملك ما في ذمته باعسلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشرىكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفى هو ويشاركه الآخر الى أن يستوفى الدين طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمداً قال لو قال رجل لرجل اعطني رهنا بدين فلان الذي عليك فان أجازته جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلاً وهلك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس قبض استيفاء وهما انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس في الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملاً من بعض وفي العادة يختار الأملاً فالأملأ فكانت الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثيق للاستيفاء ولان الاحتيال تليق بك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن وكذلك كل دين لزم انساناً بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمدين أن يتمتع من دفعه اليه كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يتمتع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان المدين لم يلزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلزمه الابتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير توكيل برى من حصته ولم يبرأ من حصة الدين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه) الاستحسان أنه لا فائدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لا حتمنا الى اعادته لان المدين يلزمه دفعه الى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة في الحال وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع اذ ادفع المشتري الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لا أحدهما إن يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبى في هذا سواء لأن الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعقد أن يوكل وكيل قبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولا أحدهما أن يقابل فيما باعه الآخر لأن الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحدهما واشترى فظهر عيب لا يرد إلا بالبيع ولا يرد عليه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وانما ترجع إلى العقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لأنه العقد فان أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز أقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا وبين الوكيل إذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ أقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لأن موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولا أحد الشريكين أن يقابل فيما باعه الآخر لأن الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء إلى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد عليه قبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لأن قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الاقالة واقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنه أو آخر ثمنه لأجل العيب فهو جائز لأن العيب بوجوب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والخطأ نفع من الرد فكان له ذلك وإن حط من غير علة أو أمر بخاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لأن الخطأ من غير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذلك لو وهب لأن الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشتراه لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافرا وهو قول أبي يوسف وروى عن أبي يوسف أن له المسافرة إلى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بماله حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبي يوسف أن السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه (وجه) الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد أنه إذا كان قريباً بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر (وجه) الرواية التي فرق فيها بين ماله حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة أن ماله حمل إذا احتاج شريكه إلى رده يلزمه مؤنة الرد فيضر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا يحمل له (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد أن الذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على إطلاقه الدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لأنه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما أن الشريك يملك أمره أن يملك المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلا يملك الشريك أولى وقول أبي يوسف أن المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم إذا كان الطريق مخوفاً (فاما) إذا كان أمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الأرض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم مطلقاً من غير فصل وما ذكرتم من مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لأن كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال هذا الم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك رأيك فاما إذا قل ذلك فإنه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخط مال الشركة بماله خاصة والرهن والارتها مطلقاً لأنه فوض الرأي إليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً وإذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل رأيك أو عند إطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد أنه أن ينفق من جملة المال على نفسه في

كرائه وثقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الاتفاق من مال الغير لا يجوز إلا باذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لأن عادة التجار الاتفاق من مال الشركة والمصرف كالمشروط ولأن الظاهر هو التراضي بذلك لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لم يرجح محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للحال لنفع محتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان أقدامهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت ثقته في جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فإن ربح حسب النفقة من الربح وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تالف من المال فإن كان هنالك ربح فهو منه والافهم من الأصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرناه أنه يصير مستديناً على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلا نه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه لأن قوله اعمل برأيك فهو يرضى الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض ما لا لزومها جميعاً لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف في حقه وحق شريكه ولأنه إن كان الاستقرض استعارة في الحال فهو عاك الاستعارة وإن كان تملكاً يملكه أيضاً وليس له أن يكتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لأن الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاتفاق ليسا من التجارة ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قوهم جميعاً لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بآذن نصاً وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسئلة تقدمت في كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالإقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما أنها الرجل لم يجز إقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرناه أن إقرار الإنسان ينفذ على نفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لأن هذا القول يفيد العموم فيما تضمنته الشركة والشركة لم تتضمن الإقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع بعينه لأنه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرناه يجوز لأحد شريكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه إذا فعله فيجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله وإذا فعله فهو جائز على شريكه لأن المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها ما كانت أعم من العنان فهو يقتضي شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لأن المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز إقرار أحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطلب المقر له أيهما شاء لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالة وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كضمن المشتري في البيع الصحيح وقيمتها في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمعصوب والخلاف في الودائع والعواري والأجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار أن شاء أخذ هذا دينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أمادين التجارة

فلا نه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البيئة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد لان الدين لزمه كإلزام شريكه لانه كفيل عن شريكه والبيئة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع القاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والقاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري والاجارات في معنى الغصب لانه من باب التمدي على مال الغير بغير اذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنائيات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لانه ليس بضمن التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لعدم معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جنابة فأشبه ضمان الجنابة على بن آدم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمن الاتلاف في غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان بملك به المضمون عوضاً عنه بخلاف ضمان الجنابة على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قوطم جميعاً (وجهه) قوطم ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولا في حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير معاوضة باتهامها لوجود التملك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملاً بالابتداء ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعاً حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع من البائع المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع فلصاحبه أن يرد به بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يردّها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما فهذا اقراره على نفسه وشريكه ولو باع سلعة من شركتهما وجد المشتري بها عيباً فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بين واحد على العلم في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما الثمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمنهما سواء ففعل أحدهما فيها كفيلهما وقول أحدهما كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة كشخص واحد ولا حد هما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود ثمنه الى مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعل الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمر او معناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا يملك له فيه رأساً فلا يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع ولهذا لا يملك الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملك في ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامه لان تزويج الامه نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود ثمنه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أولاً بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد وتزويج الأمة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبي يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان أنه يجوز له أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الاجير يمينين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها يمين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المعاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المعاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتمتعها ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حق في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلاً شركة عنان فأما اذا فاض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المعاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولا يوجب أن المعاوضة مثل المعاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرهن على شريكه لان الرهن هو إيفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الإيفاء والاستيفاء فمما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما اداناه أو ادانته صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو مالا بدله منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشتري مشتركاً بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المعاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أي بما شاء وان وقع المشتري للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى ديناً عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الافراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فأخرج عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية بقبولها تحت العموم فان اشترى ليس له أن يطأها ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لأحدهما أن يطأها فان اشترى أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشيء أولاً يرجع وذكر في الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء متحققة فتأحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد قدما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولا يوجب حنيفة ان الاصل في كل ما يمتثل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشتري مشتركاً بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو مالا بدله منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري على الشركة لانه وقع على الشركة بدونها فكان للتمليك كأنه قال اشتري جارية بيننا وقد ملكتك نصيب منها فكانت الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشترى وقبض محت الهبة كالمال قال ان قبضت مالي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا هذا وإذا كان كذلك فقد تقدّمنا الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشئ فإن اشترى
 جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحققت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب
 العقر فلا شك فيه لأن وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين أما الحد وأما العقر وقد تعذر إيجاب
 الحد لكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الأخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء
 والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالتمن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف
 المهر في النكاح الصحيح والفاصل لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة
 ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على
 الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة للمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرق
 يمكن للذي لم يل المدانة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
 لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لعدم تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر
 اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما)
 الذي ولي المدانة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المدانة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة
 بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو أجر أحدهما نفسه في الحياطة أو عمل من الاعمال فلا جرم بينهما نصفان وان
 أجر نفسه للخدمة فلا جرم له خاصة لان الفصل الاول أجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا
 عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت
 الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما ديننا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار
 المقضى ديناً على القاضى أولاً يصير قصاصاً بما له على القاضى فكان هذا تملكاً كالمعوض فتناوله عقد الشركة فله كخاز
 القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض مال للشريك أن
 يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد
 الشر يكتسب لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشر يكتسب اذا كانت ديننا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها
 لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال
 شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسة الف قيمتها الف فماتت في يد المرتها ذهب بخمسة مائة ولا يضمن ما بقي لان
 الزيادة أمانة في يد المرتها فكان مودعاً في قدر الامانة من الرهن والمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصى أيتام
 رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمته الف فماتت في يد المرتها ذهب بأربعمائة وذلك يكون ديناً للورثة على الوصى
 وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصى يملكان الايداع والزيادة
 على قدر الدين من الرهن امانة فكانت ودیعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين
 مالا فأعطاه رجلاً ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتو وفي قياس قول أبي يوسف
 ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم
 المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع
 فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلاً الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فلمؤاجر أن
 يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه
 فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له
 خاصة كما لو اشترى طعاماً لنفسه ان المشتري يقع له ويطالب الشريك بالتمن كذا هذا ولو أجر أحدهما عبداً للورثة لم
 يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانه يبدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالأعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى لأنه دفع إلى من أمر بالدفع إليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه قال إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما أجمعاً يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لأن هذه شركة عنان لا شركة مفوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفوضة حقيقة حتى قالوا في الدين إذا أقر أحدهما بثن صابون أو أشتان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكاً لا باقراًه أو بالينة كذا إذا أقر أحدهما باجر أجير أو حنوت بعد مضى هذه الأجرة وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الأجرة لم تمض لزمهما جميعاً باقراًه وإن جحد شريكه كفا في شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال أبو يوسف إذا ادعى على أحدهما ثوباً عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الأقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لأنهما ليسا بمقتضيين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ أقراره على صاحبه فيما يبد صاحبه كشرى العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر أنه لا ينفذ أقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعه عن محمد أنه أخذ بالقياس في هذه المسئلة وقال ينفذ أقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك (ووجهه) ما ذكرنا أن الشئ في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحساناً والحقناها بالمفوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر في وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لا ينفذ في يوسف أنه لما ظهر حكم المفوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضاً فينفذ أقراره بحمل العمل على صاحبه وإن عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالأجر بينهما على ما شرط إلا أن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا استعان برجل على القهارة والخياطة أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وهما شرط العمل عليهما فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملاً لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان بأن شرطاً لأحدهما ثلث الكسب وهو الأجر وللآخر الثلث وشرط العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرط العمل عليهما لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الأجر وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخي أنه علل في هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والشريك قد قوماً بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل أنه لو شرط فضل الأجر لهما عملاً بأن شرطاً لثالث الأجرة له جاز فدل

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرط التفاضل في الاجرة فجعلناها أثلاً ولا ينسب العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرط التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرط الكسب أثلاً وشرط العمل نصفين لم يحز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والرجح لا يستحق الا باحده هذه الاشياء (وأما) الوضعية فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرط أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضعية بينهما نصفان كانت الوضعية باطلة والقبالة بينهما على ما شرط على كل واحد منهما لان الرجح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضعية في موضع يجوز اشتراط زيادة الرجح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضعية فيها الا بقدر المال في موضع لا يجوز اشتراط زيادة الرجح فيه لاحدهما فلا يجوز أن تكون الوضعية فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فالزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطلب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت ويجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطلب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالتسه ولو ادعى على أحدهما بثوب في أيديهما فأقر به أحدهما وجدد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهي التي قاتها شرط من شرائط الصحة فلا تنفذ شيئاً مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمل بالشركة الصحيحة والرجح فيها على قدر الماين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فالحق بالعدم فبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الرجح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

فصل وأما صفة عقد الشركة فهي انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالقسخ إلا أن من شرط جواز القسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي بعلمه حتى لو فسخ بمحض من صاحبه جاز القسخ وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالقسخ وان كان غائباً ولم يبلغه القسخ لم يجز القسخ ولم يفسخ العقد لان القسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنت الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحض من تحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسح العنان وهو لا يملك القسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة القسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت القسخ لا يصح القسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة رواية وهي أن رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما في الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتريها شيئاً وليس له أن يشتريها عروضا وان كان رأس المال وقت النهي عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الرجح فكان القسخ ابطالا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب ولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضا

فصل ١٠ وأما ما يبطل به عقد الشركة فمما يبطل به نوعان (أحدهما) يم الشركات كلها (والثاني) يخص البعض دون البعض أما الذي يم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لأنه عقد جائز غير لازم فكان محتماً للفسخ فإذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ بنفسه (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم لأنه عزل حكماً فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع إلحاقه بالدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقاً لأن به يخرج الوكيل عن الوالة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لأن الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة (وأما) الذي يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالأموال سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لأن الدراهم والدنانير تعيينات في الشركات فإذا هلك فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول العقود فيبطل العقد بخلاف ما إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة ثم هلك الدراهم قبل القبض أن العقد لا يبطل لأن الدراهم والدنانير لا تعيينان في المعاوضات وتعيينان في الشركات ثم انما لم تعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتعيين في الشركات لأنها جعلتا تخمين شرعاً فلو تعينا في المعاوضات لا تقلباً مضمينين إذا مضمين اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مضمناً فلا يكون مضمناً وفيه تغيير حكم الشرع فلم تعين وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لأنها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا تعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا تعيينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييراً لحكم الشرع وهو جعلهما مضمينين لما لا عوض للحال يقابلها لأن كل واحد من العقدين وضع وسيلة إلى الشركة والوسيلة إلى الشيء حكمه حكم ذلك الشيء فجعل حكمهما في حق المنع من تعيين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينا بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فإنها وان وقعت وسيلة إلى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعيين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معيناً لرأس المال لأنه لا وجه إلى إيجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لأن العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطاً من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليتمكن العمل وكون عمل الآخر مشروطاً يوجب التسليم إليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعيين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض إلا العقد فإذا لم يمكن إيجاب القبض جعل العقد موجباً لتعيينهما وان كان وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكاً بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فأما) في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس مشروطاً بل لشرط ذلك في المضاربة لا وجب فسادها فممكن جعل القبض سبباً للتعيين فلا حاجة إلى جعل العقد سبباً فلم يوجب العقد التعيين إلحاقاً له بالشراء ثم إذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لأن الهالك مال ملكه أحدهما يبين وأنه أمانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما إذا كان رأس المالين من جنس واحد وخطأ ثم هلك أنه يهلك مشتركاً لأننا لا نتيقن أن الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال في شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد لأن وجود المساواة بين المالين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها معتقدة لأنها مفاوضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين وعلى هذا يخرج ما إذا تفاوضا والمال مستوي ثم ورت أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده أنه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث عر وضاً لا تبطل وكذا لو ورث ديوناً لا تبطل ما لم يقبض الديون لأنها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو أزداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بان كان

أحد همدارهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الاخر لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة باحالة لان تلك الزيادة تحدث على ملكه لا نهارج في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الاخر فصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينار فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فاروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحر أو لا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر وسيدنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعاً وروى ان عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعري أمير بها فقال لهما لو كان عندي فضل لا كرمتمكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه اليكما فبتا عابه متاعاً واحمله الى المدينة وبيعه وادفعاً منه الى أمير المؤمنين فلما قدم المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلار بحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا الضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف وليت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في سائر الاغصان من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فتترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

فصل وأما ركن العقد فلا يحجب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فلا يحجب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان مارزق الله عز وجل

أو أطمع الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصرح ما خوذ من الضرب في الارض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في الارض ويسعى فيها لا ابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضارب بمقارضة كما يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سمي المضارب بمقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد والعبرة في العقود لما فيها لا لصور الالفاظ حتى ينقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضارباً باستحسان والقياس ان لا يكون مضارباً (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضارب به الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الالباع ذكر البيع وهذا معنى المضارب به ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضارباً باستحسان والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضارب به (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملاً يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به روي أو بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيئاً فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضارب به فحمل على الاستعجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الأمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثلث من رب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدري حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ماله لا يكون محلاً لانشاء العقد عليه لا يكون محلاً لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فلا جازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشترى بها ويبيع فاربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضعية على وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضعية على رب المال لان شرط الوضعية على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن علي بن الجعد عن أبي يوسف لو ان رجلاً دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرصاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكر الشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضارب به جائزة قياساً واستحساناً والمضارب مباشر وما بقي فرب المال والاصل في جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نفع ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالمقدار اذ عرف هذا فنقول في هذه المسئلة اذا سمي للمضارب جزء معلوماً من الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بما له ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان الى نصف الربح ولم يزد على هذا القياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكنها جائزة استحسانا ويكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيئا معلوما من الربح وانما سمي لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لقوله عدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضاربة ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على ان لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لأبويه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقي للاب كذا هذا ولو قال على ان الى نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من ثمنه ما له فاذا سلم المشرط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من ثمنه ما له ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبتهم أن الماء قسمة بينهم وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة للاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط لهما وغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبيا أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهما اثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يحز وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشرط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالأجنبي وان لم يشترط عمله فما شرطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الاجنبي وعند أبي يوسف ومحمد المشرط له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهذا التفصيل أيضا انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالأجنبي عند أبي حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أولا فان لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطا لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

فصل وأما شرائط الركن في بعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب وبعضها يرجع الى رأس المال وبعضها يرجع الى الربح (اما) الذي يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلاهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحر في المستأمن حتى لو دخل حر في دار الاسلام بأمان فدفعت له الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن في دار بمنزلة الذمي والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذلك مع الحر في المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربي فرجع الى داره الحربي فان كان غير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرط ان يرجع الى دار الاسلام مسلماً أو معاهداً أو بأمان استحساناً والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان قبلاً أمر رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفعت اليه حربي ما لا مضاربة مائة درهم انه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا أو ربح أو وضع فالوضعية على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفى المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وان لم يكن في المسال ربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضاً ولا شيء للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلاف فهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم (وأما) الذي يرجع الى رأس المال فأنا نوع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجاوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى لو هلك قبل التسليم لا شيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضموناً عند الشراء به حتى لو هلك العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لان قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تقضي الى المنازعة والمنازعة تقضي الى الفساد وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يصف المضاربة الى العروض وإنما أضافها الى الثمن والتمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالاثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما لا تصح المضاربة به وهو الخطأ والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك البيع بغير الاثمان ولا تقصد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب والقضية فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والا مرفيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنهرجة فتجوز المضاربة بهاذكره محمد رحمه الله لانها تتعين بالعقد كالجيد (وأما) المستوفة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وذكر ابن سماعه عن أبي يوسف في الدراهم التجارية لا يجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لانهم يتبايعون بالخطئة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة فالخلاص أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز والصحيح من مذهب أبي يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثماناً كالدرهم والدنانير وعند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوماً فان كان مجهولاً لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة (ومنها)

أن يكون رأس المال عينا لا ديناً فان كان ديناً فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب و باع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة وعندهما ما اشترى و باع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلاً يشترى له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده وإذا لم يصح إلا من الشراء بما في الذمة لم تصح إضافة المضاربة إلى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعرض ولا نه يصير في التقدير كانه وكله بشراء العرض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالعرض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عينا لا ديناً ولو أضاف المضاربة إلى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها إلى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المنصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولا أبي يوسف أن ما في يده مضمون إلى أن يأخذ في العمل فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعاً بان دفع المال إلى رجل بمضاربة أو بمضاربة غير مضاربة مشاعاً في المال فالمضاربة جائزة لأن الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال فان المضارب يتمكن من التصرف في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب إذا ربح يصير شريكاً في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة إن ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض في المشاع وإن كان القرض تبرعاً والشيع منع حصة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لأنه وإن كان في الحال تبرعاً لأنه لا يقابل له عوض للحال فهو تملك المال بعوض في الثاني لا ترى أن الواجب فيه رد المثل لارد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه فلا يعمل فيه الشيع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعلم الشيع فيها وإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لأنه ربح ملكه وهو القرض ووضيعة عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرط لأنه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعة على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لأنه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحدهما الشريك بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي فهذا مكره لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرفعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضعية (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضعية فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضعية على قدره ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصبة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرط والوضعية عليهما أما نصف الربح للمضارب حصبة الهبة فلأنه ثبت الملك له فيه إذا قبض، بعد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فأنما يكون ربحه بينهما على الشرط لأنه استفيد بمال المضاربة مضاربة بمحبة (وأما) كون الوضعية عليهما فلأنها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لأنه مقبوض بعد فاسد فكان مضموناً عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسميان المضاربة والبضاعة والوضعية على رب المال ونصف الربح
 لرب المال ونصفه على ما شرط إلا أن لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة
 وإنما كانت الوضعية على رب المال لأنه لا ضمان على المبيع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة
 من الربح لرب المال خاصة لأن المبيع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ما شرط أنه ربح حصل من
 مال المضاربة والمضاربة قد سحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع إليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها
 مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ماسميان كل واحد منهما أعني الوديعة والمضاربة أمانة فلا
 يتنافيان فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة إلا أن التصرف لا يجوز إلا بعد القسمة لأن كل جزء
 من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف في الوديعة لا يجوز فإن قسم المضارب المال نصفين ثم عمل بأحد
 النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على
 ما شرط إلا أن قسمة المضارب المال لم تصبح لأن المالك لم يأذن له فيها فإذا فرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال
 المضاربة فإما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن
 هذا الجنس ما إذا دفع إلى رجل متاعاً فباع نصفه من المدفوع إليه بخسامة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثلث
 كله مضاربة على أن يارزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخسامة ثم عمل بها
 وبالخسامة التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضعية عليهما نصفان والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه
 الله لأن من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئاً لا يصح والمشتري يكون للمأمور
 لا للآمر ويكون الدين على المأمور حالة وإذا كان كذلك فهمنا أمران يعمل بالدين ونصف ثمن المبيع فربح
 في حصة الدين فهو للمدفع إليه لأنه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع
 والوضعية عليهما لأن المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) في قياس قول أبي يوسف ومحمد فقد أربح
 في الخسامة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرط وما ربح في النصف الذي عليه من الدين
 يكون لرب المال لأن أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لأنه إذا اشتري صار عرضاً
 والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف فالربح في الصحيحة يكون
 بينهما على الشرط وفي الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث والمضارب الثلثين والمسئلة بحالها
 فإن في قول أبي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما شرط نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب
 الدافع كأنه قال له اعمل في نصيبك على أن الربح لك واعمل في نصيبك على أن لك ثلث الربح من نصيبك (وأما) على
 قياس قولهما فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فالربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال
 لأنه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرط فصار لرب المال ثلثا الربح
 وللمضارب الثلث وإن كان شرط لرب المال ثلث الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لأن
 رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال
 باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لأن المضاربة فيه فاسدة وللمضارب
 ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال إلى المضارب لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخليه كالوديعة
 ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما
 قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال
 من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل إلا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً
 موافقاً مقتضى العقد بخلاف الشركة لأنها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا الوشرط في المضاربة بعمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جازلان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لأن لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم (فأما) العاقد إذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم يفسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط أن يعمل مع المضارب بحزم من الربح لانهما لو أخذوا مال الصغير مضاربة باقتسامها جاز فكذا إذا شرط عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كما إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمله مع المضارب لأن المأذون وإن لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده ما نعام التسليم والقبض فيمنع محبة المضاربة وإن شرط المأذون عمل مولا مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لأن المولى هو المالك للمال حقيقة فإذا حصل المال في يده فقد وجد المالك فيمنع التسليم وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي (وأما) المكاتب إذا شرط عمل مولا لم يفسد المضاربة لأن المولى لا يملك اكتساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لأن اليد للمضارب والمالك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرط في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلأن يد رب المال يدملك ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وقيت المضاربة الأولى على حالها ولا يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافاً وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب المال لأنه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الأجر (وأما) الذي يرجع إلى الربح فانواع (منها) إعلام مقدار الربح لأن المقود عليه هو الربح وجهالة المقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لأن الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء في الثلث ولو قال على أن للمضارب شركاً في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشركة هي النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات أي نصيب وقال تعالى وما لهم فيها من شرك أي نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولاً (وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الأمر أي شركته وشركاً قال القائل

وشاركنا قریشاً في بقاها * وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً الكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومن هنا) أن يكون الشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فإن شرط عدداً مقدراً بان

شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالوا مائة درهم فإنه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لأنه اذا شرط لأحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمضارب وله اذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح ولو شرط في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدي الى جهالة الربح بوجوب فساد العقد لأن الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدي الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضعية عليهما شرط فاسد لأن الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدي الى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف محتمة على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولانها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة وذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة بصحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلاث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمرارعة باطلة من أصحابنا من قال في المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرط فاسد فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المستثنين لان معنى الاجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تقتصر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دار ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرط فاسد لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار والارض فصارت حصصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى الملق عن أبي يوسف في رجل دفع مالاً الى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزاً ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في أحد الدارين فاما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجره له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط ولا يجوز المضاربة وذكر القدرى رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجره مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصح قرضاً لانه أنى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى البضاع

فصل في حكم المضاربة بالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب مال لكل واحد منهما أن يعمل وما ليس له أن يعمل وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

للمال بالمال (أما) الذي يرجع الى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف في مال الغير بامرءه وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسداً يملك اذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيئاً من مال المضاربة بيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفاً فاذا ظهر في المال ربح صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال لانه نعاء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب و يصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعد ما صار مضموناً عليه لانه لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم في الغاصب والمودع اذا تصرفا في المنصوب والوديعة وربحاً ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحداً ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذي يرجع الى عمل المضارب بماله أن يعمل بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين يتقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ماله أن يعمل اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمل رأساً وان نص عليه (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيود وهي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به و يبيع لانه امرء يعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو باقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقداً ونسيئةً وبعين فاحش في قول أبي حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشتري ما بدله من سائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لا طلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الاضجاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والاضجاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فلا بضاع أولى لان الاستئجار استعمال في المال بعوض والاضجاع استعمال فيه بعوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجمع المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الابنه وله أن يستأجر السفن والدواب لحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة اعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ما هو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل مال المضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل مالا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بمدينه رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنيه والموت الا في تصرف ينضربه رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضربه رأس المال فلا يملك المضارب ولو باع شيئا وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أي حنيفة عليه الرحمة فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه اعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الا قاله ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما) عند أبي يوسف فاعما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نسيئة فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسر لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة الحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا يبيضاء ويشتري ببعض المال طعاما فيزرع فيها وكذلك له أن يلقها لغيره فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جاز والربح على ما شرط لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملك المضارب والمضارب أن لا يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استئناء المال وهذا المقصود بالسفر أو فرولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجوز على اطلاقه ولان ما خذلا سم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف وفي رواية محمد عنه وفي رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ماله حمل ومؤنة وبين ماله حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا دفع الىه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أباحنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فلم يضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة (وأما) وجه رواية أبي يوسف عنه فهو ان المسافر بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا دفع المال اليه في بلد ما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلالة لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه في غير بلد ما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بدنه فكان دفع المال في غير بلد ما رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذا نادى له أنه يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لأن الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم إذا حقهم دين سواء كان المولى حاضر أو غائبا لأن البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمه مثل مال المضارب بأن كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها عبد أقيمته ألف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء لأن الدفع أو القداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب في رقبته لا نعدام القتل والتدبير في جنايته إلى رب المال لأن رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون إذا جنى أنه يخاطب المأذون بالدفع أو القداء مع غيبة المولى لأن العبد المأذون في التصرف كالحر لا أنه يتصرف لنفسه كالحر بدليل أنه لا يرجع بالعهد على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهد عليه فلما لم يرجع دل أنه يتصرف لنفسه وإنما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته فإذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى في مخاطبته بالدفع كالحر (فأما) المضارب فإنه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهد عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فإن اختار رب المال الدفع واختار المضارب القداء فله ذلك لأنه بالقداء يستبقى مال المضاربة وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الرجوع ولو دفع رب المال أو فدى خرج العبد من المضاربة (أما) إذا دفع فلا شك فيه لأن الدفع زال ملكه لا إلى بدل فصار كأنه هلك وإذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولأن اختيار القداء دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الرجوع لأن ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو القداء إذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لأصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل إلا أن لهم أن يستوتقوا من الغلام بكفيل إلى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو القداء إذا كان المضارب غائبا وليس لأحدهما أن يفدى حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالقداء فإذا حضر ادفع أو فدى فان دفعا فليس لهما شيء وإن فدى كان القداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله أن نصيب المضارب لم يتعين في الرجوع لعدم تعيين رأس المال لأن التعيين بالقسمة ولم توجد في المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) أنه إذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا أعتقه نقدا اعتاقه في نصيبه وإذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله أن حقه لم يتعين في الرجوع لعدم تعيين رأس المال فمنع بل تعين ضرورة لزوم القداء في نصيبه ولا يلزم الابتعین حقه ولا يتعين حقه إلا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال إلا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فإن اختار أحدهما الدفع والآخر القداء فلهما ذلك لأن كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير أن في العبد المشترك إذا حضر أحد الشرى يكن وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو القداء وهما لا يخاطب أحدهما مالم يحضرا جميعا لأن تصرف أحدهما يتضمن قسمة لأن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو القداء والقسمة لا تصح إلا بحضورهما والدفع أو القداء من أحد الشرى يكن لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشرى الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ أنه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فإن اختار أحدهما الدفع والآخر القداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين لأن الملك هناك واحد باختلاف اختيارهما يوجب تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا إذا غاب أحدهما وادعت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا لأن كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وإنما أخذ بالعبد ككفيل لأنه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولي الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذي يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن ويقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبد امييا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فلم يضارب أن يردده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يردده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبد افظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يردده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضاه منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشتري العبد المعيب لا محالة حتى يكون عليه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دار نفسه والمضارب شفعيها بدار أخرى من المضاربة فقيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع ويشترى بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئا مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأي أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصارا كأنهما عقد جميعا (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله الا بالتصريح عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يحجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال من غير مضارب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هي أن يشتري المضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو الدنانير لم يحجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم تحجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذاً عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بماله في يده من جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض ويؤدي ثمنه منها لم يحجز سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرناه استدانة ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضارب ليس له أن يشتري باكثر من رأس المال الذي في يده لان الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بالفي درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الألف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لانه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن في يده شيء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوباً أو عبداً بمكيل أو

موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لان في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده درهم فاشترى سلعة بدرهم نسيئة لم يكن استدانة لان في يده من جنسه ولو كان في يده درهم فاشترى بدنانيراً وكان في يده دنانير فاشترى بدرهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدرهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعرض (وجه) الاستحسان ان الدرهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنائيات وقيمة المتلفات ولا يتعدر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشترياً بثن في يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشترى بدرهم بيض ورأس المال درهم سود أو اشترى برأس المال غلة أو اشترى بدرهم سود ورأس المال درهم بيض أو اشترى بدرهم غلة ورأس المال محاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شيء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمدان اشترى بما صفتها نقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفتها أزيد من صفة رأس المال أنه لا يجوز على المضاربة (وجهه) انه اذا اشترى بما صفتها نقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفتها أكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانيراً أو بفلس قيمة ذلك الف لا يملك أن يشتري بعد ذلك على الف المضاربة شيئاً بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقاً بالثن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولاً بعد الخمسة لا يملك بعد ذلك أن يشتري الا بقدر خمسة لان الخمسة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقي صار مستديناً على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في يده درهم ولا دنانير ولا فلس فليس له أن يشتري متاعاً بثن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وان كان في يده أجرد مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضارب بة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدرهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدرهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيها هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصاً ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعاً في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستديناً على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقد لنفسه متطوعاً في مال الغير كما لو حمل متاعاً غيره أو قصر ثياباً بالغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صلبها سوداً من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شرى كالسود لانه لم يوجب في العين زيادة بل أوجب نقصاً فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه ما ذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سوداً

فنفقها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بصفر أو زعفران أو صبغ يريدها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضمان ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فالمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأنه جني خلط المال ولو صبغ الثياب أجني كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بائنها على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ماله فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا اذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة تجازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرط التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشتري نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح واذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أراه نصف الرهن ليرهن دينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع في الحال اذ لا يقبله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتخصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل في ذلك برأيك فانما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا ما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذلك الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء المضاربة وهما تاما فوض اليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق لهما فلا يدخل في ذلك وليس أن يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشتري يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله ولان الشراء بما لا يتغابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدین في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولا أنه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملك المأذون له في التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيد ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فلا اعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه في قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال فقد تعين المضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب
عبد آمن المضاربة أو اعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يحز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شر يكن اعتقه أحدهما
على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء
لانه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني أما في الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شي منه فكذا هذا (وأما الثاني
فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة
للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشر يكن اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه
نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين
قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا
هذا بخلاف ما اذا بر المضارب نصيبه أو عتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن
وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يمتثلان للفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ
عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن لرب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب
عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشتري بها المضارب عبيدين قيمة كل واحد منهما ألف
فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه في نصيبه منها لان رأس المال ليس الا
الألف فما زاد على ذلك يكون ربها ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه في نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب
ملك في أحد العبيدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والاخر ربها فليس أحدهما بأن يجعل رأس
المال والاخر ربها أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين في
الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعين ملك المضارب في الربح وكذلك لو كان في يد المضارب
عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه في واحد منهم لانه لا يتعين
للمضارب في واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لم ينفذ اعتاقه
من مشايخنا من قال هذا على أصل أبي حنيفة ان العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم
على حدة لان العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك في الاجناس المختلفة
من العروض ونحوها فأما على أصل أبي يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ
اعتاقه في قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا لا يوافق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة اذا
رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد دون بيان الثمن
بالا اتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة
الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض
ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال
لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لا اشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا في
هذه المسئلة ان رب المال لو عتق العبيد هذا اعتاقه في جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك فقد على
رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصص المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما الضمان
فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان يملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى
فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة وهذا اعتاقه في الكل فصار متلفا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه
يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار
والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة قاضي انه ابنه انه لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا ازدادت قيمته فقد ملك جزءاً منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك انه تنفذت دعوته بخلاف ما اذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق في ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحد منهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخي وذكر القدوري رحمه الله ان هذا محمول على انها عقلت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة يتغير لان المضارب يغرّم العقر مائة فاذا استوفاهارب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعة مائة فيتعين للمضارب ملك فيها جميعا فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الام سبعة مائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرّم خمسين درهما وهو تمام ما بقي من الام فظهر ان الولد يرجح بينهما فيعتق نصف الولد من المضاربة ويسعى في النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب هو الصحيح وذكر محمد في الاصل مسألة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرّم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الرجح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الرجح في الجارية حتى يصل الى رب المال شيء من المال فلا يملك شيئاً منها ولا صحة للاستيلاء بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الرجح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله ولو زادت قيمتهما جميعا فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد منهما لانه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية التي درهم وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الرجح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفى من رجح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعة مائة رجح بينهما لان لكل واحد منهما أربع مائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد يرجح بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدوري رحمه الله هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذالم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في المسئلة ان زيادة تجب أن يقول اذالم تزد قيمتها ينبغي أن يغرّم المضارب القام ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقي تسعة مائة بينهما فنحن أصحابنا من قال القياس ما أجاب به في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرّم بعد ما غرم تمام رأس ماله الا نصف ما بقي من الام لان نصف ما بقي من الام يرجح بينهما فلا يجوز أن يغرّم الكل والذي أجاب به في مسألة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال إنما افتقرت المسئلةان لوصفهما لان سبب العتق في مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفي المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العتق فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية (وأما) في المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان في تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتهت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوة صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا نجب عليه القيمة ولا العرق لانه وطى ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة في موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشتري شيئا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلا لانه اذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتري وكان اتفاقهما على التزويج اخر اجاباها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي أن يكون هذا قولهم لان عند أبي يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يحجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كالموآجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الاتفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصبغ في الصباغة وكذلك لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلهارب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فخرج من ذلك كان نصفين فاشتري طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يحجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال رب المال فيصير كأنه شارك بمال المضاربة وانه لا يملك الاشارك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقرا اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعتهم وانما البقر آلة العمل والآلة تتبع ما لم تقع عليها العقد ولودفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة في مال رب المال انما أجر أرضه والاجارة داخلية تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذي للمضارب أن يعمل اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة بشركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بماله نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيئا من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلا ان المضاربة مثل المضاربة

والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضار به مثله وهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما)
الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضار به والشيء لا يستتبع مثله فافوقه أولى (وأما) الخلط
فلا نه يوجب في مال رب المال حتماً لغيره فلا يجوز إلا بأذنه وإن لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضار به مضارباً به
إلى غيره فنقول لا يخلو من وجوه أمان كانت المضاربتان صحيحتين وأمان كانتا فاسدتين وأمان كانت أحدهما
صحيحة والأخرى فاسدة فإن كانتا صحيحتين فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني
حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضموناً بنفس
الدفع عمل الثاني أو لم يعمل وإذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً (وجه) قول زفر أن رب المال
إذا لم يقل للمضارب أعمل رأيك لم يملك دفع المال مضارباً به إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً فصار ضامناً كالمودع إذا
أودع (ولنا) أن مجرد الدفع إيداع منه وهو يملك إيداع مال المضارب به فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبي
حنيفة رحمه الله أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويرجع فإذا عمل به ويرجع كان ضامناً حين يرجع وإن عمل في
المال فلم يرجع حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبي يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فإذا
عمل ضمن ربح الثاني أو لم يرجع وهكذا روى ابن سميعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف وهو قول محمد رحمه الله
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة (وجه) قولهما أنه لا عمل فقد تصرف
في المال بغير إذن المالك فيتمتع به الضمان سوا ربح أو لم يرجع ولا في حنيفة لا سبيل إلى التضمن بالدفع لأنه إيداع
وإيضاع ولا بالعمل لأنه ما لم يرجع فهو في حكم المبيع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد
قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بآثار المضارب الأول
فصار الأول مخالفاً فيضمن كما لو خلط مال المضارب به بغيره أو شارك به وإذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس
العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني أما على أصل أبي يوسف
ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لأن الأول تعدى بالدفع والثاني
تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع إذا أودع وأما على أصل أبي حنيفة في مسألة الوديعة فيحتاج إلى الفرق لأن
الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني وفي مسألة المضارب به أثبت له خيار تضمين الثاني لأن المضارب الثاني
يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة
الأول لحفظ الوديعة فلم يضمن فإن ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الأول
والثاني والربح على ما شرط لأنه لما تقرر الضمان على الأول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضارباً به إلى
الثاني فكان الربح على ما شرط لأن الشرط قد صح وأن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان
على الأول لأن الأول غره بالعقد فصار مغروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كودع القاصب وهو ضمان
كفالة في الحقيقة لأن الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما إذا غصب رجل
شيئاً فرهنه فهلك في يد المرتهن فاختر المالك تضمين المرتهن أنه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن
(وجه) الفرق أن قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين أن قبضه لم يصح فبين أن الرهن لم يصح
إذ لم يحسنه بدون القبض فإما في المضاربة فيضمن الثاني إبطال القبض بعد وجوده لأن المضارب به عقد جائز
فكان لبقائه حكم الابتداء كأنه ابتداء العقد بعد أداء الضمان فكان التضمن إبطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل
المضاربة ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وإن بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن
على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سميعة عن محمد أنه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأعلى على
قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة لأن استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح فإما الأعلى

فانما يستحق الربح رأس المال والملك في رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجبر في مال المضاربة والثاني أجبر الاول فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله فاستأجره الا جبر رجلاً وان كانت احدهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثاني في المال لان المضارب الثاني أجبر الاول والا جبر لا يستحق شيئاً من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثاني لانه لا ضمان على الا جبر وله أجر مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثاني صحيحة فكذلك لان الاول أجبر في مال المضاربة فلاحق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذا الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل لرب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأي اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضيفه الى المضارب بان قال على ان مارزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان مارزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ماربحت من شيء أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضيفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني ثلث جميع الربح الثاني لان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثاني فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيئاً فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثاني فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انساناً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجبره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولودفع الى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلاً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من خاطه بدرهم ولودفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الاول بمثل سدس الربح الذي شرطه لان شرط الزيادة ان ينفذ في حق رب المال ما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول غير الثاني بتسمية الزيادة والقرور في العقود من أسباب وجوب الضمان وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملزماً سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيعزم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك محالاً لان شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن ومما ركن استأجر رجلاً خياطة ثوب بدرهم فاستأجره الا جبر من يخطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولودفع الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجهه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضارباً بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضارباً بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذا انه ان يخلط مال المضارب به بماله نفسه لانه فوض الرأي اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالكين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضارب يكون بينهما على الشرط وكذا انه ان يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضارب به مع حصة المضارب من الربح فيستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذي ليس للمضارب أن يعمل أصلاً ورأساً فشرائه لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (أما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمذبولان المضارب به تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فلا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيئاً من ذلك كان مشترى بالنصف لا للمضارب به فان دفع فيه شيئاً من مال المضارب به يضمن وان اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضارب به لان المبيع هنا مملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دابة اشترى به لا يكون على المضارب به لان الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلاً (وأما) الثاني فنحو أن يشتري دار حرم محرمة من رب المال فلا يكون المشتري للمضارب به بل يكون مشترى بالنصف لانه لو وقع شراؤه للمضارب به لعق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى دار حرم محرمة من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشراء على المضارب به لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضارب به لانه اذا كان في المضارب به ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضارب به لما قلنا (وأما) المضارب به المقيدة فكما حكم المضارب به المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً ثبت لان الاصل في الشرط اعتباره اما يمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسامون عند شروطهم فينتقذ بالذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المهود في المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعالم اذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضارباً به على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة لان قوله على ان من ألقا الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا في السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراءه ما تناوله العقد على أصل عدمه وكذا لا يعطيه بضاعة لمن يخرجها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلا أن لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وان لم يشتري بها شيئاً حتى ردها الى الكوفة يرى من الضمان ورجع المال مضارباً به على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرد حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لا مال يتصرف به يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رجع على المضارب به لانه تقرر الخلاف في القدر المشتري وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعلم في الكوفة في غير

سوقها فهو جائز على المضارب باستحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقيد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أولا تعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا في سوق الكوفة حصر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول ما حصر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلما ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يحجز له العمل في غيرها لان في كلمة ظرف قد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له اعمل به في الكوفة لما قلنا ولان القاء من حر وف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يحجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضي التصاق الصلة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضارب بة واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضارب بة اذن له في التصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة اذن له بالعمل في الكوفة فكان له ان يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدي ثم قال له اعتق عبدي سالما ان له ان يعتق أي عبدا شاء ولا يتقيد بالتوكيل باعتق سالم كذا هذا اذا المضارب بة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضارب بة الى سنة جازت المضارب بة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المضارب بة فاسدة (وجه) قوله انه اذا وقت للمضارب بة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضارب بة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم يحجز عند أصحابنا توقيت المضارب بة بقياس قوهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له ان يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على ان تبعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضارب بة بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال خذ هذا المال مضارب بة بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له ان يشتري سوى الطعام بالا جماع لما ذكرنا على ان الشرط والاصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والقاء لتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا فتصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضي التقيد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون اقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فليتقيد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام والطعام هو الخنطة ودقيقها اذا لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر مختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق الا على الخنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنساً آخر بان قال له خذ هذا المال مضارب بة بالنصف على ان تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له ان يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمل به المضارب بة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سباعة سمعت محمد اقال في رجل دفع الى رجل مالا مضارب بة فقال له ان اشتريت به الخنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله ان يشتري أي ذلك شاء على ما سمي له رب المال لانه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كالأخير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرط ان عمل في المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر أو اشترى في السفر وباع في المصر فقد روى عن محمد انه قال المضارب بة في هذا على الشراء فان اشترى في المصر فربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر سواء

باعه في المصر أو في غيره لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فإذا اشترى في المصر تعين أحد
 العاملين فلا يتغير بالسفر وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالكين على ما شرط
 ولو قال له على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره وقال
 الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضيق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو
 الربح وتغيير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) أن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة
 والأمانة لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق على المالك فكان التقييد
 مفيداً كالتقييد بنوع ودون نوع وقوله التعمين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من
 الابتداء وأنه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجال
 بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لأن هذا الشرط لا يفيد إلا ترك السفر كأنه قال على أن تشتري من أهل الكوفة وكذلك
 إذا دفع إليه مالا مضارباً في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له
 من الصرف لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد إلا تخصيص البلد أو النوع فإذا حصل ذلك من صير في أو غيره فهو سواء ولو
 دفع إليه مالا مضارباً به ثم قال له بعد ذلك اشتري به البز وبع فله أن يشتري البز وغيره لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء
 البز فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضارباً وعمل به بالكوفة إلا أن هناك القيد مقارن
 وهما متران وقد ذكرناه وذكر القدر يرحم الله أن هذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد
 الطاريء على مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان بعد ما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين
 فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال ولودفع إليه مالا مضارباً به على أن يبيع ويشتري بالنقد
 فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد لأن هذا التقييد مفيد في تقييد المذكور ولو قال له بعب بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع
 بالنقد جاز لأن النقد أفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بعب عشرة فباع
 بأكثر منها جاز كذلك هذا (واما) الذي يرجع إلى عمل رب المال بماله أن يعمل وما ليس له أن يعمل فقد قال أصحابنا
 إذا باع رب المال مال المضارب به بمثل قيمته أو أكثر جاز بعبه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يحجزه المضارب سواء
 باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لأن جواز بيع رب المال من طريق العانة
 للمضارب وليس من العانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو أكثر وعلى هذا لو كان المضارب
 اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يحجزه المضارب الآخر لأن أحد
 المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك
 الأمر به وإذا اشترى المضارب بمال المضارب به متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب
 وأراد أمساكه حتى يجدر بحاقان المضارب يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال لأن منع المالك عن تنفيذ
 إرادته في ملكه لحق بمحتل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الأمساك فرد عليه ماله
 وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لأجل
 ابنه مضارباً فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضارب به للاب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب
 المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فإن كان الابن يقدّر على العمل فالمضارب به للابن والربح
 له أن يعمل فإن عمل الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير
 إذنه فصار كالاجنبي وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن
 أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه لأن للمضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وإن لم يكن فيها ربح
 فالمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولومات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارة المشتركة ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة (وجه) قول زفر أن هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذا لم يألان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبته لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي والمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفعيها بدار أخرى بمنجها فله أن يأخذ بالشفعة لأن المشتري وإن كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له بدليل أنه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراءه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفعيها فلا شفعة له سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن أما إذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل يبيع الدار إذا باع لا يكون الموكل الأخذ بالشفعة وإن كان فيها ربح فاما حصصة رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها وأما حصصة المضارب فلا نالو أوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولأن الربح تابع لرأس المال فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفعيها بدار أخرى من المضاربة فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بمن الدار لم تجب الشفعة لأنه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وإن لم يكن في يده وفاء فإن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لأنه أخذها لرب المال وإن كان فيه ربح فلم يضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لأن له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو أن أجنبياً اشترى داراً إلى جانب دار المضاربة فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وإن سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لأن الشفعة وجبت للمضاربة به وملك التصرف في المضاربة للمضاربة فإذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وإن لم يكن في يده وفاء فإن كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً فإن سلم أحدهما فلا آخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وإن لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لأنه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف إذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له ويبيع ثم دفع المستأجر إلى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شيء للاجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة (وجه) قول محمد أنه لما دفع إليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة وتقضياها فإدام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولأن الاجارة شركة لهذا لا قبل التوقيت ولو شاركه بعد ما استأجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولا يوجب يوسف أنه لما استأجره فقد ملك عمله فإذا دفع إليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمله قدمه لرب المال وهذا لا يجوز ولأن المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والأجر ولا يجوز أن ينتقض الاجارة بالمضاربة لأن الاجارة أقوى من المضاربة لأنها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشيء لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب أن الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قدمه لرب العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولأن الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجارة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عبداً فرب المال القصاص لأن العبد ملكه على الخصوص لاحق للمضارب فيه وإن كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وإن اجتمع لرب المال ملك كل واحد منهما لم يتعين أمارب لرب المال فلان رأس المال ليس هو العبد وإنما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال وإذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجز القصاص لواحد منهما وإن اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القتل العمد لما منع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضارب يشتري به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضارب فيكون على المضارب كالتنن وذكر محمد في النوادر اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدین عمدالم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضارب لما قلنا والاصل ان في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضارب في كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضارب لان القصاص اذا استوفى قتل هلك مال المضارب بهلاك مال المضارب فيوجب بطلان المضارب به والقيمة بدل مال المضارب فكانت على المضارب كالتنن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبد اساوى القاتل له رجل عمد فلا قصاص فيه لارب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا مارب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصربه مستوفيا رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن العبد كان ربحاً فتبين أنه اقر دباستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا في القتل العمد اذا ادعى على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور الولي لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد في باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو اقر به يجوز اقراره وان كذبه الولي فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة تتعلق بها استحقاق رقة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو اقر العبد بقتل عمد افكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شركيين وقد اقر به العبد فغداً أحدهما فلا شيء للآخر لان موجب الجناية اقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كانه اقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه في اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشركيين اذا اقر في العبد بجناية وكذبه الآخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القاتل وانه متعين ويجوز المراجعة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري رب المال من مضارب به فيبيعه مراجعة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مراجعة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذا مالان ماله والقياس يأبى ذلك الا اننا استحسننا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعاً في حقهما لا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقاً بالعدم ولان المراجعة بيع يحرم به البائع من غير بينة واستخلاف فتجب صيانتة عن الجناية وعن شبه الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مراجعة الا على أقل الثمنين بيان ذلك في مسائل اذا دفع الى رجل الف درهم مضارب فاشترى رب المال عبداً الخمسة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مراجعة على خمسة لانهما أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبداً بألف من المضارب فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مراجعة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لأن الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لأنه لاحق فيه لرب المال فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لأنه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى الف وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فإن المضارب يبيعها مائة وألف ومائتين وخمسين إلا إذا بين الأمر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سبابة في نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة وهو آخر ما قال إذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال ألف في يد المضارب فإن المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثنتين لأنه لا تهمة في الأقل وإنما التهمة في الزيادة فيثبت مال التهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فإنه يبيعه مائة وخمسمائة وخمسين لأن المائة الزيادة على الألف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح إلى القدر الذي اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لأنها نصيب رب المال ويسقط خمسون لأنها حق رب المال من الربح فيبيعه مائة وخمسين ولو اشتراه المضارب بمائة باعه مائة وخمسمائة لأنه لا فضل في ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثنتين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيئا من حصة نفسه حتى يكون ما تقدأكثر من ألف فيجب من حصته نصف ما زاد على الألف لأنه إذا لم يزد على ألف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشتري حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كأنه اشترى ولا ربح في يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فتقضى كأن شراء المضارب بأقل الثنتين فإن كان للمضارب حصة ضما إلى أقل الثنتين وإذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثنتين ويضم إليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فإن المضارب يبيعه بألف وخمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الألفين لأن نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو ألف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالأجنبي فيبيعه مائة وخمسمائة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لأن الألف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب إسقاطها قال ابن سبابة وروى عن أبي يوسف أنه قال وهو قوله الآخر أن رب المال إذا اشترى عبدا بمائة ألف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مائة وخمسمائة وكذلك لو اشترى المضارب بمائة ألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مائة وخمسمائة لأن البيع على أقل الثنتين لا تهمة فيه ولأنه اشتراه بأقل الثنتين فلا يجوز أن يزد على الثمن الذي اشتراه فإن قيل كيف يجوز للمضارب الخط على قول أبي يوسف فالجواب أنه إنما لا يجوز له حظه عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال فإذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبي يوسف الأول الذي أشار إليه ابن سبابة فهو أن الخط لا يجوز لأنه قال إذا كان رأس المال ألفا ربح فيه ألفا ثم اشترى بألفين جارية ثم باعه من رب المال بألف وخمسمائة فإن رب المال يبيعها مائة وخمسمائة وخمسين لأن المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو ملك الخط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مائة وخمسمائة وخمسين فينبى على هذا القول إذا باع مائة وخمسمائة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لأن الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف إلى ما وقع العقده والصحيح قوله الأخير لما ذكرنا أن عدم جواز الخط في مال المضاربة لحق رب المال فإذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لأجنبي

وذكر محمد في كتاب المضارب بة لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين ألفاً والربح
 فان المضارب يبيعه مائة على ألف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب
 لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والبعد يساوي ألفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
 مائة على ألف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
 حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
 فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمتها ألف فباعه من المضارب بألفين ألف مضارباً وبالف
 ربح فان المضارب يبيعه مائة على ألف لانه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
 كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مائة
 على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعينه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
 ولو كان رب المال اشتراه بألفين وقيمتها ألف فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من
 ذلك لان قيمته ألف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولا ان رب المال لم يباعه بألفين ما يساوي القاهما متهمان
 في حق الغير في العقد فصار كانه أخذ الفألاً على طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
 يساوي القاهما وخمسمائة والمسألة بحالها وقد اشتراه بالف وأراد المضارب ان يبيعه مائة بانه مائة على ألف ومائتين
 وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة
 المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضارباً فباعه من رب المال بألفين
 ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مائة لم يحجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان بين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
 مائة على ألفين وهذه فرعية مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء
 آخر فاراد أن يبيعه مائة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود وفي مسئلتنا قدر ربح فيه رب المال
 التي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من رب المال بألفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
 باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه القاهما وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب
 المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح ألفين فاذا اشتراه المضارب بألفين وجب ان يطرح الألفين من رأس المال
 فلا يبقى شيء ولهذا لم يحجز البيع مائة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فائتماً يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
 الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مائة على جميع الألفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال
 بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالف درهم فاراد أن يبيعه
 مائة بانه على ألف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قدر ربح فيه ستائة ألا ترى ان المضارب لما
 اشتراه بالف بانه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
 بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح
 مائتين وخمسين ربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى ألف واربعمائة ولو اشترى المضارب
 عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي
 مائة على ألفين ثم ان رب المال لما حط من الأجنبي ثلثمائة فان الأجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال
 لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن في طرح من رأس المال وتطرح
 حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن في طرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة
 فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مائة بانه على ألف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الخط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربع مائة فلما اشتراه المضارب بالقرين ثم حط عنه أربع مائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربع مائة فيبيعه على ما بقي وتجوز المراجعة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بالف فاراد الثاني أن يبيعه مراجعة باعده على خمسمائة فهو أقل الثمنين لأن مال المضاربين رجل واحد فصار يبيع أحداهما من الآخر في حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثاني بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثاني يبيعه مراجعة على الف ومائتين وخمسين لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثاني مراجعة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالاجنبيين فاما النصف الذي اشترى الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بألفين للمضاربة بالف رأس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مراجعة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثاني على الف لأن أقل الثمنين خمسمائة وحصصة المضارب خمسمائة فيبيعه مراجعة على أقل الثمنين وحصصة من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضعية على رب المال والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لأن المال أمانة في يده (وأما) الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة يشبان أحدهما النفقة والكلام في النفقة في مواضع في وجوبها وفي شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفي تفسير النفقة وفي قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقلة لا يسافر بحال غيره لقاعدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تعجل نفقته من مال المضاربة لا تمتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذنا من رب المال للمضارب بالاتفاق من مال المضاربة فكان ما ذونا في الاتفاق دلالة فصار كما لو اذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبيع لا يسافر بحال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فنخرج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فادام يعمل به في ذلك المصر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة وان اتفق شيئاً منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقياً قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبي يوسف من مكان المضاربة لوجود الخرج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذي قضده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقياً بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه وان نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه داراً إقامة لانه اذا لم يتخذ داراً إقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذ وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصل فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذ داراً إقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذي أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضارب به حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خر وجهه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلي له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة لان خر وجهه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامته وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضارب به حرراً كان أو عبداً أو أجيراً يأخذه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتبها له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضارب به ونفقةهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضارب به كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه في المال اتفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضارب به وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضارب به على نفسه ويكون ديناً في المضارب به حتى كان له أن يرجع فيها لان الاتفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضارب به كالوصي اذا اتفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما اتفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا ان يرجع بما اتفق في مال المضارب به لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء كذا ذكر محمد في المضارب به لان نفقة المضارب من مال المضارب به فاذا هلك بماله كالدائن يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (وأما) تفسير النفقة التي في مال المضارب به فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش بنام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة لان المضارب لا بد له منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والقصد والتنوير والادهان وما يرجع الى التداوي وصلاح البدن في ماله خاصة لا في مال المضارب به وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضارب به عنده وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبي حنيفة يكون في مال المضارب به والصحيح أنه يكون في ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب في المال دلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضي بالنفقة بقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام وقال بشرى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضارب به لان سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً في مال المضارب به لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء في وقت ودون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضارب به بوجه أو بماله ومال المضارب به ومال المضارب به لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضارب به أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فهم ما وان كان أخذ المالين مضارباً لرجل والاخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضارب به لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بدل العمل في المضارب به وليس على رب البضاعة شيء الا أن يكون أذن له في النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضارب به بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة

بالخصص لان سفره لاجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولاً ان كان في المال ربح فان لم يكن فهي من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال والاصل ان هلاكه ينصرف الى الربح ولا نالوجعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لزيادة نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فافضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقي الى المضاربة وروى المعلى عن أبي يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبداً بألفين فأفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا أفق على عبده غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أفق فهو عليهم ما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضى بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة ديناً بامر القاضى لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعمين لان القاضى لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولودفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف (وجهه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يقال لرب المال اشق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الا اتفاقاً على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد عين الربح ورأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد لا يبق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد ان جعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب في رأس ماله اذ هو زيادة في رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترط من الربح قال بشر عن أبي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والافهو وضعية من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال في باب المراجعة لان الذي يلحق رأس المال في المراجعة ما جرت عادة التجار بالخاق به وما جرت عادتهم بالخاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لاجل المال ويجوز ان يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثاني ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصبح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفاً فاقسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصبح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يردده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصبح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائم فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصبح ولان الربح زيادة والنزاد على الشيء لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بها فلما لم يحققنا قسمة الربح ثبتت قسمة القرض قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصبح

القسمة فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسمه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسم الريح ثم رد الألف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلك في يده لم تنتقض القسمة الاولى لأن رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصححت القسمة فإذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو كان الريح في المضاربة الاولى ألفين واقتسم الريح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الألف الذي قبض لأنه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله وإذا صار ذلك رأس المال تعين الريح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب من الريح يجب عليه أن يرد نصفه لأنه تبين أنه قبض نصيب رب المال من الريح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لأن ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسم الريح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما برده المضارب فان بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لأن المضارب يدعى انهار رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أميناً لكن القول قول الأمين في اسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم الى غيره ولأن المضارب يدعى خلوص ما بقي من المال والريح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الريح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الريح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب وذكر ابن سباعة في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفسه والمضارب يعمل بالنفقة ويترجح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والريح بينهما نصفان ولا يكون مأخذ رب المال من النفقة نقصاناً من رأس المال ولكنهما يحتسبان برأس المال ألفاً من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لثلاثين بطل هذا اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الريح ولم يوجد (وأما) الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان في المال ربح وان لم يكن فلا شيء له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا ان له أن يعمل في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطراً آمنه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافاً وقال لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا العقد فهو أنه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عمر وض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لأنه يحتاج إلى بيعها بالدرهم والدنانير ليظهر البيع فكان النهى والفسخ باطلاً لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صحيح والفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأن ذلك لا يعد بيعاً لا اتحادهما في الثمنية

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فإن اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بأن ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم من الأشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص لأن قوله من يدعي العموم موافق للمقصد بالعقد إذا المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر وكذلك لو اختلفا في الإطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الإطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الخطة دون ماسواها وقال المضارب ماسميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع عيئه لأن الإطلاق أقرب إلى المقصود بالمقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد إن القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل إنه قول زفر (ووجهه) أن الأذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم في دعوى العموم والخصوص لأنها ثبتت زيادة وفي دعوى التقييد والإطلاق البينة بينة مدعى التقييد لأنها ثبتت زيادة فيه وبينه الإطلاق ساكنة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالأذن وأنه يستفاد من رب المال فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأن بينته مثبتة وبينه رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج إلى الإثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الأذن وقد وقتا أن الوقت الأخير أولى لأن الشرط الثاني ينقض الأول فكان الرجوع إليه أولى وإن اختلفا في قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح فإن كان في يد المضارب ألف درهم يقرأها مال المضاربة فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف والقول قول رب المال أنه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد وكان قوله الأول أن القول قول رب المال في الأمرين جميعاً وهو قول زفر (وجهه) قوله الأول أن الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على أن جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما إذا قال المضارب بعض هذه الألفين خلطته بها أو بضاعة في يدي لأنهما ما اتفقا على أن الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله (وجهه) قوله الآخر أن القول في مقدار رأس المال قول المضارب لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً وقال لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله فكذا إذا أنكر البعض دون البعض وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح لأن شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشرط قوله ألا ترى أنه لو أنكر الشرط رأساً فقال لم أشرط لك ربحاً وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله فكذا إذا أقر البعض دون البعض وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الأخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الألف الأخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قوله الأول يأخذ رب المال الألفين جميعاً وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الأخير

واقسم ما بقي من المال أثلاثاً على قوله الأول يأخذ رب المال أثنى درهم و يأخذ ثلثي الألف الأخرى لما بينا وإن كان في يد المضارب قدر ما ذكرناه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف ودبعة لا آخر أو مضاربة لا آخر أو بضاعة لا آخر أو شركة لا آخر أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقال وكلها لأن من في يده شيء فالظاهر أنه لا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينه بينة كل واحد منهما ثبتت زيادة فينبغي أن يثبت زيادة في رأس المال وبينه المضارب ثبتت زيادة في الربح وقال محمد رحمه الله إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا متفعة له فيها إلا فساد العقد فلا يقبل قوله وإن قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لأنها ثبتت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع اشكال وهو أن المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساد فينبغي أن يكون القول قول المضارب والجواب أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد لكنه منكر زيادة يدعيها المضارب فيعتبر إنكاره لأنه مفيد في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيئاً أو لي أجر المثل فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعى أجره وإيجاب ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئاً فالبينه بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينه المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى لأن البينتين استويا في إثبات الشرط وبينه المنهارب أوجب حكاماً وأندوه وإيجاب الأجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخي رحمه الله أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخراج وقال العامل شرطت لي مائة فقبض فالبينه بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل أن من لا بذله من جهته لو امتنع من العمل بحجر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يحجر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر ولو قال رب المال دفعت إليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله أنه لم يشترط ولأن المضارب يدعى استحقاقاً في مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي وقال رب المال دفعت إليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو منكر فإن أقام البينة فالبينه بينة المضارب لأنها تثبت التملك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت لي مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لأنها اتفقا على أن يأخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فإن قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لأنها تثبت أصل الضمان ولو وجد المضارب المضاربة أصلاً ورب المال يدعى دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب لأن رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو وجد ثم أقر فقد قال ابن سماعه في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع لي شيئاً ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت لي ألف درهم مضاربة فهو ضمان للمال لأنه أمين والأمين إذا جحد الأمانة ضمن كالمدع وهذا لأن عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جوده فسخه أو رفعه وإذا ارتفع العقد صار المال مضموناً عليه كالوديعة فإن اشترى بهامع الجحود كان مشترياً لنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لأن من حكم المضاربة أن يكون المال أمانة في يده فإذا صار مضميناً لم يبق أميناً فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد فإن اشترى بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء بدليل أن من غصب من آخر شيئاً فأمر المصوب منه الغاصب ببيع المصوب أو بالشراء به صح الأمر وإن كان المصوب مضموناً على الغاصب وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للأمر ولو لم يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضموناً عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمصوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبداً فجده ألف ثم أقر به ثم اشترى جاز الشراء ويكون للأمر و يرى الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبداً ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضاربة ولو دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه ثم جحد ألفاً ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للأمر لأن الوكيل بشرأه العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للأمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضاربة لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحد أهياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك لو دفع إليه عبداً فأمره أن يهبه لفلان فجده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه أن البيع جائز وهو يرى من ضمانه وكذلك إن أمره بعتقه فجده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا من الأمر بعد الجحود قائم فإذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو هبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سميعة يذبح في قياس ما إذا دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه أنه يجوز ويلزم الأمر لأنه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمد قال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه ألف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد إذا أقر المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده عشرة آلاف وعلى فيه الدين ألفاً أو ألفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمي صاحبه أو لم يسمه وإن سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (وجهه) أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فإذا قال على دين ألف فقد رجع عما أقر به لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين والإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلاً لأن الإقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجهه) قول محمد أن أقر بالدين في حال يملك الإقرار به فينفذ إقراره كما إذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله أن قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعاً عما أقر به من الربح ممنوع فإنه يجوز أن يبرح ثم يبرح الدين ألا ترى أن الرجل يقول قدر بحت ولزمني دين وهو يملك الإقرار بالدين فإذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال ألف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح إلا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جحد ها ولا ضمان عليه في باقي المال لأن الربح أمانة في يده فإذا جحد فقد صار غاصباً بالجحود فيضمن إذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت إليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم أدفعه إليك ولكنه هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت إلى النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه إلى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لا نأخذ بيننا أن القول في شرط الربح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

فصل وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فإن كان متاعا لم يصح وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وإن كان عينا صح له صرف الدرهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدرهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لأن المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لأنه عزل حكيم فلا يتقف على العلم كما في الوكالة إلا أن رأس المال إذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضلا بيننا وتبطل بمجرد أحدهما إذا كان مطبقا لأنه يبطل أهلية الأمر للأمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولوارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن يرجع إلى الإسلام بعد ذلك فذلك كله والتحقق ردت به بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك إن لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف إن مات أو قتل أو لحق فحكمكم بالحق يزول ملكه من وقت الردة إلى وراثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بأموره بطلان أهلية الأمر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فإن كان رأس المال يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال فينزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وإن كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك ردت فان حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن لا يجوز له التصرف لأن الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال قائم في يده إلا أنهم استحسنوا فقالوا إن باعه بجنس رأس المال جاز لأن على المضارب أن يرد مثل رأس المال فكان له أن يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدر في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد رد رأس المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فإن مات رب المال أو قتل كان موته كموته المسلم في بطلان عقد المضاربة وكذلك إن لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه لأن ذلك بمنزلة الموت بدليل أن ماله يصير ميراثا لورثته فبطل أمره في المال فإن لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لأن وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة إلا أنه لا عهدة على المضارب وإنما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لأن العهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيّا محجورا أو عبداً محجورا فأما على قولهما فالعهدة عليه لأن تصرفه كتصرف المسلم وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كموته قبل الردة وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحقه لأن ردتته مع اللحق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فإن لحق المضارب

بدار الحرب بعد دونه فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحر بي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب أنه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لأن ردتها لا تؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلك المضارب أو أتلفه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه لمساقلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة فإن أخذ مثله من الذي استهلكه كان له أن يشتري به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلاً فإن رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثلاً لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً فإن هلك بعد الشراء كان مال المضاربة القأ فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبد حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أو لأرب المال وما غرم كله من رأس المال وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه كالتوكيل غير أن الفرق بين التوكيل والمضاربة أن التوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء التوكيل لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهت عقد الوكالة باتهاؤه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فاما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلم يصبر ما غرم رب المال من رأس المال وبهلك مجازاً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويقرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصه وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع الخمسمائة وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعاً بعها للمضارب وثلاثة أرباعاً لرب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بألفين ورأس المال ألف فخصه رب المال من الربح خمسمائة وحصته المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضم إليه عليه وإنما خرج ربع الجارية من المضاربة لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصارت زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فإن بيعت هذه الجارية بربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربع خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوى ألفين والشرء بألف وهي مال المضارب بفضاعة غرمها رب المال كلها لان الشرء اذا وقع بألف فقد وقع ثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشرء وقع بالدين فظهر ربح المضارب وهلك ربح الجارية فيغرم حصصة ذلك الربح من الثمن وروى عن محمد في المضارب اذا اشترى جارية بالدين درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعة الا لقان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربح وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامه تساوى ألفاً وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتت جميعاً في يده فانه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري المضارب جارية بقيمتها ألف بالدين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والافشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضارباً بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبس قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فانه قال ان محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعترى ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصصة ذلك والا فلا وهذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم نقاذ العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالدين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نقوذ العتق في الجارية المشتراة بالدين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع المواضع وقال محمداً اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضارب بفضاعة فاقبال رب المال اشترته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشترته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندى فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريتها وأنا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشرء لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو ادراكه لشهد رب المال فان أقام البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا افسخت المضاربة ومال المضارب بدينون على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض فان كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر بالمضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق القدر اجمعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للامر بالاحوال من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوبى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يحز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً ولومات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذ امانات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولوعين الميت المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته والله عز وجل أعلم

~~~~~

### كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس ركن استحساناً والقياس ان يكون ركناً وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لا آخذ من فلان شيئاً منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعند القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعث هذا الشيء منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعاً لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شرط القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يتوقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا تحبوا الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعبي بن جثامة أهدى الى النبي عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفي رواية بودان فرده النبي عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والا قبلنا فقد أطلق الراوي اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها اني كنت نخلت لك جداراً عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النخل بدون القبض والنخل من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشرعية على أحدهما دون الآخر فلم يوجد الا يتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضاً بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعاً فلا يوجب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هولك أو أعطيته أو نخلته أو أهديته إليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصرح في الباب وقوله ملكتك بحري مجرى الصريح أيضاً لان تملك العين للمال من



غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو اهل الملك  
 للتملك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين  
 في عرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك  
 الله كذا وهبك بمعنى والنحلة هي العطية يقال فلان نحل ولده نحلي أي أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك  
 هذا الطعام في معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن  
 الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه  
 وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع في صدقتك فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية  
 للتعين ولو قال منحتك هذا الشيء أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع  
 به من غير استهلاكه واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
 كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية  
 لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه  
 من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير  
 العارية وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم  
 ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ عارية ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان  
 فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفي الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل  
 وسند كروجهيها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوا بأو ناقة حلوا بأو بقرة حلوا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه  
 الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة  
 فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عنقا كان له عارية  
 لان الجدي يمرض أن يصير فخلا والعناق حلوا بان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع على فهو ماعنى لانه نوى  
 ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالما كول والمشروب والدرهم  
 والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن  
 الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تملكها وتملك العين للحال من غير  
 عوض هو تغيير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلو (اما) ان  
 كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرت هذه الدار أو صرح فقال  
 جعلت هذه الدار لك عمري أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هي لك عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهي رد على أو قال  
 جعلتها لك عمري أو حياتي فاذا مت أنا فهي رد على ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولو ورثته بعد وفاته  
 والتوقيت باطل والا صل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها  
 فان من أعمار شيئا فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أعمار رجل أعمار عمرى  
 له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا يرجع الى الذي أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وعن جابر قال قال رسول  
 الله صلى الله عليه وسلم من أعمار عمرى حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدلّت هذه النصوص على جواز الهبة  
 وبطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تملك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التملك وانه  
 تغيير يقتضي العقد وكذا تملك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد  
 والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف  
 تملك للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت هذه الدار لك رقي أو قال هذه الدار لك رقي ودفعها إليه فهي عارية في يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقي باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري والرقي ولأن قوله دارى لك تملك العين لا تملك المنفعة ولما قال رقي فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا لو قال دارى لك عمري أنه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا واحتج بما روى الشعبي عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل الرقي ومثلهما لا يكذب ولأن قوله دارى لك رقي تعليق التملك بالخطر لأن معنى الرقي أنه يقول إن مت أنا قبلك فهي لك وإن مت أنت قبلي فهي لي سمي الرقي من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقي تعليق التملك بأمر له بالخطر الوجود والعدم والتملكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لأنه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمري لأن هناك وقع التصرف تملك الحال فهو بقوله عمري وقت التملك أنه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد على الصحة ولا حجة له في الحديث لأن الرقي تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الارتقاب وهو هبة الرقبة فإن لم يدها الأول كان حجة له وإن أريدها الثاني لا يكون حجة لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة للكلام من استحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن الاختلاف بينهم في الحقيقة أن كان الرقي والارتقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوى أن عني به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وإن عني به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لأطولكما حياة فهو باطل لأنه لا يدري أيهما أطول حياة فكان هذا تعليق التملك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبس فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو هبة وقوله حبس باطل بمنزلة الرقي (وجه) قوله أن قوله دارى لك تملك وقوله حبس نفي الملك فلم يصح النفي وبقي التملك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبس خرج تفسير القول لك فصار كأنه ابتداء بالحبس فقال دارى حبس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقي لك كان عارية بالاجماع ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردّها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لأن هذه الشروط مما لم يمنع وقوع التصرف تملك الحال وهي شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل وبقي العقد على الصحة بخلاف شروط الرقي على ما بينا وبخلاف البيع فإنه تبطل هذه الشروط لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسر له لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالعدم وبقي العقد صحيحا إلا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهى في الهبة فيبقى الحكم فيه على الأصل ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب إلى التهادي والهبة هبة رور وينا عن الصديق رضي الله عنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلتك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن وعلى هذا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في الأم والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة قسم منها يبطل وبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما) الأول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشرط الفاسد (وأما) القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل الام والولد جميعا في العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحقق بالعدم فصار كأنه لم يستثنى وكذا العتق جارية واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثا لورثته والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلته لورثته انه تصح الوصية ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلته لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصى وبمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افرقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هبة عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تملك المنافع لان قوله هذا لك ظاهره وان كان لتعليك العين لكنه محتمل تملك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسير للمحتمل وبيانا انه أراد به تملك المنفعة وتعليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسير الهبة لان قوله هبة محتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا المراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تملكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فعناها ان سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤجرها ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضها يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو ان لا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبي ونحو ذلك ولا مضى الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تملك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محض لا يقابل به نفع دنيوى فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قرر بان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابل به نفع دنيوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقر بوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولانه اذا لم يقابل به عوض دنيوى كان التبرع ضررا محضا وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تملك فاذا شرط فيها العوض كانت تملكها بعوض وهذا

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التملك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا في الانتهاء بدليل انها تنفذ الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصبح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخلة العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تملك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تملك مضافا الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لأن التملك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدورا لقبض بطريقه على ما سئذ كره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زيدا في لبن أو ذهنا في سمس أو دقيقا في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لأن الموهوب موجود مملوك للحال لأنه لم ينفذ للحال لما منع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقة صامشا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرار من وجه ولهذا يجوز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمقوم كالخمر ولهذا لا يجوز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تملك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لأن المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التي تدور عليها الاضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فحائز أيضا اذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز ان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه قبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة لأنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما ذكره في موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الأن يعفون أو جب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الخط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيبدل على جواز هبة المشاع في الجملة و بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الفزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى تسام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لا يحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه البرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط  
والخيط فان الغلول عار وشنا على صاحبه الى يوم القيامة فحاء اعرابي بكبة من شعر فقال أخذتها لا صلح بها  
بردة بعيرى يا رسول الله فقال أما نصيبى فهو لك وسأسلمك الباقي وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجد بين  
أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباغ أسعد نصيبهما اليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى  
ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبي عليه الصلاة والسلام فوهباً أيضاً نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم  
فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة في نصيب أسعد وقبل في نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان  
أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز لان الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك  
والشياع لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع  
القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها  
شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبابكر رضى الله عنه قال  
في مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت واني كنت نخلت لك  
جداً وعشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا جديتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق  
رضي الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشئ المرفق في حيز وهذا معنى القسمة لان  
الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه  
قال ما بال أحدكم ينحل ولده نحللاً لا يجوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات رجعت الى وائمه لا ينحل  
أحدكم ولده نحل لا يجوزها ولا يقسمها فيموت الاجلعتها ميراثاً لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها  
بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي الى التكرار اخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى  
عن سيدنا علي رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحض من أصحاب  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعاً ولا ان القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع  
يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور  
فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان  
العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة  
لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة  
المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف  
ولا ضرورة هنا لان الحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله  
عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة  
دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هنا  
فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صححت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد  
ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي الى تغيير المشروع ولهذا توقف  
الملك في الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد ثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدي الى ايجاب الضمان في عقد  
التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع  
لان الضمان ضمان القسمة والحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المقروض  
الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز في المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبي عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فهو واسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقي وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصاء كانت متسومة مفروزة ويجوز ان يقال في مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت انصاء لهم متسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جائز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف تقاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها اني كنت نخلتك جداد عشرين وسقاً من مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النخل من الفاظ الهبة ولو لم ينقسم لافعله الصديق رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بنحلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو من شريك كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا يجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشيوع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله (وجهه) قوله ان الشيوع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أولاً يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصديق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشرع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيئاً ينقسم من رجلين كالدار والدرهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلاً من واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشيوع وقت القبض وهما جوازها لانه لم يوجد الشيوع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلم يعدم الشيوع في وقت القبض (وأما) هما فلا نعدمه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تملك كل الدار جملة أو تملك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفر دتمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تملك الكل منهما لا تملك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تملك الشائع فيجوز (وجهه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وقرين واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تملك الكل منهما وموجب التملك

منها ثبوت الملك لهما في الكل وانما ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند التقسام ضرورة المزاومة واستواءهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالأخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاومة مع المساواة في الاستحقاق ثبتت عند تقسام الميراث في النصف وكذا الشفعان ثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاومة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب للصيغة بل لتضييق المحل لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا الوقضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تملك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تملك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منك اما ان يكون تملك كل الدار من كل واحد منهما واما ان يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تملك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوك لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبه صاحبه بالتهاني أو بالتسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تملك الدار لهما على التناصف كان تملكهما مضافاً الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمراً محالاً أيضاً فكان موجب العقد التملك منهما على التناصف لان هذا تملك الدار منهما فكان عملاً بموجب الصيغة من غير حالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدى عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكاهذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسير الحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيراً للنفس العقد لان العقد وقع تملك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسير الحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجوز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكاهذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم يجوز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لثنين يستوى فيه التساوى والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوى بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعدد جعله تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان قبضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا أو نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أهبهم بان قال وهبت منكاً أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصديق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يتغنى بها وجه الله تعالى وسند كركمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون  
 الثمر والتمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس  
 بموهوب اتصال جزءه بجزء فكان كهبه المشاع ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بمشعة دراهم على رجلين  
 فان كانا غنيين لم يحجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لان التصديق على الغنى ميتة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز  
 وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب  
 الهبة لا تجوز وفي الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياح كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على  
 ما ذكرنا فيما تقدم وهم هنا يتحقق الشيوع في القبض (وجه) رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض  
 لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله  
 تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة  
 تمنع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير  
 واحد ثم وكل قبضها وكيلين بخلاف التصديق على غنيين لان الصدقة على الغنى يتغنى بها وجه الغنى فكانت هدية لا  
 صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يتغنى بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يتغنى بها وجه الرسول  
 وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن  
 يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القبض والمقبوض من الاسماء الاضافية  
 والعلاقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل  
 والكلام في هذا الشرط في موضعين في بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفي بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول  
 فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك  
 رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتملك العين فيفيد الملك  
 قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضي الله  
 عنهما اعتبروا القسمة والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً وروى عن  
 سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا  
 مقبوضة محبوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولا انها عقد تبرع فلو صحمت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب  
 بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشرع بخلاف الوصية لانه ليس في ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها  
 عن موضعها اذ لا مطالبة قبل التبرع وهو الموصى لانه منبت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض  
 عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا علمت وان لم تقبض ولا  
 تجوز الهبة ولا النحل الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالوا اذا علمت  
 الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خير أعن الله سبحانه  
 وتعالى يا ابن آدم تقول مالي مالي وليس لك من مالي الا ما أكلت فافئنت اولبست فابليت أو تصدقت فاقبقت اعتبر  
 الله سبحانه وتعالى الامضاء في الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر  
 وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصديق عقد تبرع فلا يفيد  
 الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه  
 الصغير وبه نقول لاحاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض  
 (والثاني) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط  
 لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد



فلأن يكون في الهبة أولى لأن البيع يصبح بدون القبض والهبة لا تحته لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطاً للصحة فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن وأن لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبهه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضاً والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو أذن لك بالقبض أو رضيت وما يجري هذا الجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً والقياس أن لا يجوز قبضة بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان باذن الواهب كالقبول في باب البيع (وجه) الاستحسان ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل إليه ست بدنان فجعلن يزدلفن إليه فقام عليه الصلاة والسلام فتحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولأن الاذن بقبض الواهب صريح بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهي أن قبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهيه الواهب فيجوز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع بيعاً جازاً بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يحجز قبضه قياساً واستحساناً حتى كان له أن يسترد في البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع (وجه) القياس أن القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان أن الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الاقدام على إيجاب الهبة اذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الإيجاب اذناً بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً بخلاف ما بعد الافتراق لأن الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن فيشبهه القبول في باب البيع وإيجاب البيع يكون اذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا إيجاب الهبة يكون اذناً بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالنمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الأرض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يحجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا لأن الإيجاب لم يقع صحيحاً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وإن قبض باذنه يجوز استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع وكذلك اذا وهب ديناً له على إنسان لا أخراؤه أن قبض الموهوب له باذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وإن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين (وجه) الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الإيجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهبة في الدين لغيره من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لأن دلالة بواحدة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لأنه اذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير قبض العين قابضاً للواهب أولاً ويصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي

ذكرنا واهب مالك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالأذن بالقبض بقي  
المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن  
لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع  
الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز  
لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له  
أولا ويخلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة  
اشكال وهو أن يودع المودع مودعا معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم  
سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب  
ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لأن المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة  
بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعا  
صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لأن التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما في الهبة بأن  
وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا  
وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظري في ذلك وروى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فلهبة في  
الدار لم تجز لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم  
هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلانها وقت التسليم  
كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الأصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى  
ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لأنه  
لا يجوز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام  
يجوز وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة رايان (وجه) رواية عدم  
الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهي رواية  
الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهر او هذا معنى الاستثناء  
ولو استثناء لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وفرق بين  
الاعتاق والتدبير (وجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز  
كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وهذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا  
ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس  
بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرة عليها ثم ردون  
التمر أو وهب الزرع دون الأرض أو التمر دون الشجرة وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل  
بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جاز التمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لأن المانع من النفاذ  
وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل  
واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة  
فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قد أم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لأن المانع من صحة القبض هنا  
الاتصال وأنه لا يختلف والمانع هناك الشغل وأنه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم  
اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل أنه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا  
وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جازل وال مانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغاً جازلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمس أوزيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل وإن سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا لم يحز بيعها فلا تجوز هبتها وهذا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً (وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع (وجه) الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله وكذا الصبيبة اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض إلى العبد والمالك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ولأن الأصل في بني آدم الحرية والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والأبحار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد لقن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصل وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصل فهو أن يقبض بنفسه بشرط جواز العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية بالحجر والعملة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أو أبويه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرهم لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحد هم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تهويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية النكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء إلا ببيعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحاً محرم منه كالأخ والمعم والمعم أو أخواتهم أو أجنبيات لأنهم ليسوا بغير هؤلاء ولا ية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحد من هؤلاء إلا ببيعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذارحاً محرم منه قياساً واستحساناً وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدي به ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي (وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه له كالأجنبي والقبض للصبيبة اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره (وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لأنه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذا التماثلان غير أن ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسدده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل اذا كان الموهوب في يد الموهوب له ودعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض وهو ان يخل بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد (وجهه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجهه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضيهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده منصوبا أو مقبوضا ببيع فاسد أو مقبوضا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضاً وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضا فيتماثلان فتاب أحدهما عن الآخر ولكن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل البراءة بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المنصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض غير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعا قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعته من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلا ورأسا والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولونخل ابنه الصغير شيئا جاز ويصير قابضاً مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحل لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل في ذلك أن يسوى بينهم في العطية ولا يفضل الذكرك على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكور مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضى الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوى بين ولده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيرا أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتى نخلت ابني هذا غلاما كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نخلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجعه وهذا إشارة الى العدل بين الاولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولان في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سواء كان المحروم فقيرا ثقيا أو جاهلا فاسقا على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون القسقة الفجرة

﴿فصل﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض لان الهبة تملك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هي ثبوت ملك غير لازم في الأصل وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم ويمنع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعي رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة الولد خاصة وهي هبة الولد لولده فنقول يقع

الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان نبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً أما ثبوت حق الرجوع لحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسألة هبة الاجنبي والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في هبته كالعائد في قبضته والعود في التيء حرام كذا في الهبة ولأن الأصل في العقود هو لزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من المقدم ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً (ولنا) الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضي الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والصحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) \* تحيتهم بيض الولاء بدنيهم \* لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى أو ردوها لأن الرد انما يتحقق في الاعيان لأن في الاعراض لأنه عبارة عن إعادة الشيء ولا يتصور في الاعراض والمشارك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فمأروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب وأما إجماع الصحابة فإنه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا مثل مذهبننا ولم يرد عن غيرهم خلافاً فيكون إجماعاً ولأن العوض المألى قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احساناً اليه وانعاماً عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفًا فكافؤهُ فان لم تجدوا ما تكافؤهُ فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافؤتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا واتحادوا تفادى فاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لأنه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط الزوم كما في البيع اذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للاتفاق على نفسه الثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم لأن نفي الحل محتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف ان تزوج عليهن بعدما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر ان المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة لا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قبضته وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هذا وقوله فيما يهب الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سباه رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ما نذكره في تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصبح بدون القضاء والرضا لأن الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصبح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لأنه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لأنها ليست

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب باى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدد حقيقته جعل متجدداً تقديرأ في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف المالك باختلاف المالكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكاً لم يكن له ان يفسخ ملكاً آخر بخلاف ما اذا وهب لمجرد رجل هبة فقبضها العبدان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكه مملوكاً مبتدأ فنسب أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها مملوكاً مبتدأ فاختلف الملك فنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتل العود فكان هذا مملوكاً مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا مملوكاً مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل وإما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسميت أودار أفنى فيها أو أرضاً ففرس فيها غرساً أو نصب دولا أو غير ذلك مما يستحق به وهو مثبت في الارض مبنى عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبعه بمصفر أو زعفران أو قطعة قيصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها القسح ولا سبيل الى الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزد الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والتمر أو غير متولدة كالارش والعقر والكسب والفلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها القسح وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو الوجود بالانه يبقى الولد بمصدر الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابل به عوض وهذا تفسير الرابو معنى الرابا لا يتصور في الهبة لان جريان الرابا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تفسير لها الرهن ولا الفصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكاله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس قبض مضمون ومنها العوض لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

ما لم يثبت منها أى مالم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو أكثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط في العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً والثاني في بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو يحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أتيتك وما يجري هذا الجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيئا للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يحمل الباقي مقابلاً بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثاني أن لا يكون العوض في العقد مملو كاذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لا مسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله نغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا اذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد فاما اذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضاً وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبي يوسف ان حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي انه يجوز وكان مكاناً عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يحمل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيئاً ثم يبدوله الرجوع فصار الموهوب باحد العقدين بمنزلة عين أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيئاً ليس له بعضه عوضاً عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعاً نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كمالو باعه منه ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (اما) على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشك لانهما ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى (واما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقع موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلاً فله أن يرجع ان كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزد دخيلاً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلك الموهوب لم يضمه كمالو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضم كمالو قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب ان كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً فكان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثاني ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن

يرجع في بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) ان الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الاب في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا في الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان الواهب أن يردده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غيره حيث عوضه لا سقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فلموهوب له أن يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض قدره سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا روى عن محمد في الاملاء وانما لم يمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ في الزوائد وان قال الموهوب له ارد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً في العقد بل هراً آخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لا سقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو احدى روياتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة انه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف (وجه) رواية الاصل ان القبض في العوض ما وقع بمجاناً وانما وقع مبطلاً حق الرجوع في الاول فان لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً كما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع قيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة فاذا بطل العوض رجع في الهبة واذا بطلت الهبة رجع في العوض لان بالاستحقة ان تبين ان الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل الثاني بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بخلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة وبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه ثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية (فاما) فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتلك العين للخال وهذا معنى الهبة لانه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطاً لحق الرجوع في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحتشالم يكن له أن يردده ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (أما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو اجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع في هبته لان الاجنبي انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه



لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كالتبرع بمخالعة امرأة من زوجها (وأما) الم عوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (أما) اذا كان بغير أمره فلا نه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) اذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يعني أودز كاتي ففعل لا يرجع بذلك على الأمر الا ان يقول له على اني ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره بغيره بقضاء الدين ففوضه انه يرجع على الأمر وان لم يقل على اني ضامن فصا لان قضاء الدين مضمون على الأمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة ما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع في نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (وأما) العوض المشرط في العقد فان قال وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع ووربما عبروا عنه هبة ابتداء ببيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع رد لكل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية و يرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط نية القبض ولا يملك الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تملك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلفت فيها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التملك (ولنا) انه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الوالد فيما يبطله احتيج بما روي ناعن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحمل الواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يبطله وهذا نص في الباب (ولنا) ما روي ناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها أي لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الآخرة فدخل تحت النص وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلبة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحق فيسأحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده لأن الولد لا يستحق عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمباشرة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقاً بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض وكذا إذا وهب لذي محرم لا رحمه له لا نعدم معنى الصلة أصلاً ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبياً (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً (واما) ان كان المولى والعبد جميعاً ذوي رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبياً فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لأن حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد بصورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض أصلاً وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً اختل فوافيه قال أبو حنيفة رضي الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعدد الاثبات للعبد فأقيم مقامه واثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجهه وللعبد من وجهه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم فان كانا جميعاً ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمد بن قيس قول أبي حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندي اني انه ليس له أن يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً يرجع وان كان قريباً لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبياً وان كان قريباً لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد في الرق فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان أجنبياً فله الواهب أن يرجع وان كان قريباً فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أو جبت ملكاً موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث في جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها الثالث التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضاً في الحقيقة اذا العبد لا يستحق على مولاه عوضاً ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصديق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع لانهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في

يده في الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فإذا أتى بلقطة الصدقة دل أنه أراد به الثواب وأنه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوخ فتقول لا يمنع الرجوع في الهبة فلو أهاب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً وإن كان محتملاً للقسمة بأن وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو بيع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلية لأنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والبيع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع ففسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوخ مانعاً من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فتقول والله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أمحاجنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشيعاء وكذلك اتفق محته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لو وقف محته على القبض وكذلك وهب لانسان شيئاً وهو الموهوب له لا آخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفرانه هبة مبتدأة (وجه) قوله أن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيها فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقد جديد في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكره في كتاب الهبة أن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على أنه مستوفى حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث لأنه لا حق للمشتري في الفسخ وإنما حقه في صفقة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكره من أمحاجنا من التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالأقالمة فأنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا أفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا أفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الامانات ولو لم يتراضياً على الرجوع ولا قضى القاضي به ولو كان الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلأن الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضياً على الرجوع أن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

**فصل** وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ أما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا وإذا أفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

### ﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه رهنا وما يبطل به الركن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشيء بمالك على من الدين أو يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجري هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجري مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئا بدينارهم ودفع إلى البائع ثوبا وقال له أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لانه أنى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأشياء بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع إلى المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به (أما) الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضاعفا إلى وقت لأن في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وأنه لا يحتمل التعليق بشرط ولا إضافة إلى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لأن ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولأن الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكانت بهم ان علمتم فيهم خيرا (وأما) الذي يرجع إلى المرهون فأشياء منها أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا مملوكا مقدورا للتسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تدر أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلما لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاءه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاءه إلا أن الراهن إذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن إذا لم يصبح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذي مضمون على المسلم بالغصب وإذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانها منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخمر والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والخطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالاب والوصي برهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (أما) ان يجري مجرى الايداع (وأما) ان يجري مجرى المبادلة والاب إلى كل واحد منهما في مال الصغير فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقبل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع محييا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد قبضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى في جميع ما ذكرنا حكم الاب وانما يفتقران في فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك بهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصدق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقبل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدق الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لأنه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خيره في الرهن لأنه يهلك أبدا بالاقبل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يحجز وكذلك يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ابقاء الدين وقضاؤه والانسان بسبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فالمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفى أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سعى قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا بتقيده حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يحجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقبل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يحجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يحجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فتقييد بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يحجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف في شئ مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لأنه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصبح فبقي المرهون في يده بمنزلة المصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الا تفكك فان فعل ضمن لأنه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برى من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لأنه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان كما لو دع اذ عاد إلى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها خالف ثم عاد إلى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود إلى الوفاق رادا للمال إلى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد إلى الوفاق فقد رد المال إلى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لأنه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعد ما افتكه من يد المرتهن لأنه لا تفكك من يد المرتهن عادية فكان الهلاك في قبض العارية ولو وكل الراهن معنى المستعير قبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضى بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقدرهن على الوجه الذي اذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذا الرهن قضاء الدين ويتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده ودعة لا نسان فقضى دين نفسه بمال الودعة باذن صاحبها فاقضى يكون مضموناً عليه وما لم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الاقساط فافتكه المالك لا يكون متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان على الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعاً فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعاً فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذي رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطراً في قضاء الكل فكان مأذوناً فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه فقضاء المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمنع من قبض الدين من المعير ويحجز على القبض ويسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون المرتهن ولاية الا امتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعدما اقتضيته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المحمول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والا صل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما هيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلا ناشياً فرهنه ولم يقبضه بحث عندنا وعنده لا يثبت كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذلك القبض مقرراً وبأن ذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صريحاً لظهوره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقد اعلی أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو اراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد ادخله في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقد اعلی أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى في رهن مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل رضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعاه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الاجنبي سواء ولو رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند الحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف حخته على القبض فصيح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا في البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح افرادة بالتوكيل (وأما) بيان شرائط حخته فأشياء (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا في الهبة أن الاذن بالقبض شرط صحته فيما له بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كإتيان الهبة في شبهة القبول وذلك لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجري مجرى النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو قبض وما يجري هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يجوز بعد الافتراق والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهيه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا يثبت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على ايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيئا متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمن المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض قفصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المهرين واستيفاء الدين من بدله على ما ذكره والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمهرين فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه يخص المقسوم وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما ذكرنا شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا رهن شيئا وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء محتمما أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن شائعا (وجه) رواية أبي يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا الفرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والابق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعا عن تحقق القبض في النصف الشائع وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كل رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين واذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد باعليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المهرين مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقداهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنًا بكل الدين ولا استحالة في ذلك لأن الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسًا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز وليس لأحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد إذا قضى ما عليه من الدين لأن كله رهون بكل الدين فبقي شيء من الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك إذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شركاء في شركة بينهما جاز وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئاً من الرهن لأنه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنًا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أي حنيفة عليه الرحمة أنها غير جائزة لأن الهبة تملك وتمليك شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والمأقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشيء الواحد محبوسًا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير أنه وإن كان محبوسًا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونًا بالحبسة حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما قدره لأن المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيًا الدين من مالية الرهن وأنه لا يفي لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما قدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بأن اشترى رجلان من رجل شيئاً فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئاً من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر لأن كل المبيع محبوس بكل الثمن فبقي جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الأصل تخرج زيادة الدين على الرهن أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبجملة الكلام في الزيادات أنها أنواع أربعة زيادة الرهن وهي نماء كالولد واللبن والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه بأن كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء كالارث والعقرو زيادة الرهن على أصل الرهن كما إذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدًا أو غير ذلك رهنًا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما إذا رهن بالدين جارية فولدت ولدًا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنًا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما إذا رهن عبدًا بألف ثم إن الراهن استقرض من المرتهن ألفًا أخرى على أن يكون العبد رهنًا بالاول والزيادة جميعا (أما) زيادة الرهن فرهونة عندنا على معنى أنه يثبت حكم الأصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق الزوم وعند الشافعي رحمه الله ليست برهونة أصلاً والمسئلة تأتي في بيان حكم الرهن إن شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فحائزة استحسانًا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثلثين وقد مررت المسئلة في كتاب البيوع (وأما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الأصل فهي موقوفة أن بقي الولد إلى وقت الفسك جازت الزيادة وإن هلك لم تجز لأنها إذا هلكت تبين أنها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (وأما) زيادة الدين على الرهن فهي على الاختلاف الذي ذكرناه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف جائزة (وجه) قوله أن الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع بدليل أنه لا يصح الرهن إلا بالدين كما لا يصح البيع إلا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثلثين جميعا فكذلكها تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين أن الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الأصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عديد ابتداءً وذا جائز كذا هذا (وجه) قوله أن هذه الزيادة لو صححت لا وجبت الشيوع في الرهن وأنه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك أنها لو صححت لصار بعض العبد بمقتضاها فلا يخلو (أما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقاءه مشغولًا بالاول (وأما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولًا بالزيادة لا سبيل إلى الاول لأن المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل إلى الثاني لأنه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما إذا رهن عبدًا واحدًا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لأن الزيادة هناك لا تؤدي إلى شيوع الرهن بل إلى شيوع الدين لأن قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فراجع



الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجوز لذلك افترق حكم الزايتين ولو رهن مشاعا قسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فإذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فإن كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقادون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجوز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فإن جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (وأما) في الدار فلا رهن المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجوز الرهن في الدار وجاز في المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فإن هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (أما) في المتاع فلا رهن مشغول بالدار (وأما) في الدار فلا رهن وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا أو الراهن والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن سألته اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم هو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخرج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع والذي في الدار بدون الدار ولو رهن سر جاعلى دابة أو لجاما في رأسها أو رسنا في رأسها فدفعت اليه الدابة مع اللجام والسر والرسن لم يكن رهنا حتى ينزع من رأس الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السر والرسن ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فإنه ليس تبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سر ج أو لجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها أو بهيمة واستثنى ما في بطنها أنه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلا رهن لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلا رهن استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشرط الفاسد كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الأم أو دبر ما في بطنها ثم رهن الأم فالكلام فيه كالكلام في الهبة وقد مر الكلام في الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فإن كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبهه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو وجد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين مختلف

فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وأنه لا يختلف والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل وأنه يختلف مثال هذا إذا رهن نصف داره مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل أنه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا إذا رهن صوفاً على ظهر غنم بدون الغنم أنه لا يجوز لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جوزه وسلمه جازلان المانع قد زال وعلى هذا أيضاً إذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغه جازلاً قلنا بخلاف ما إذا رهن مافي بطن جاريته أو مافي بطن غنمه أو مافي ضرعها أو رهن سمناً في لبن أو دهنماً في سمس أو زيتاً في زيتون أو دقيقاً في حنطة أنه يبطل وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لأن العقد هناك لم ينقضي أصلاً لعدم الحمل لكونه مضافاً إلى المعدوم ولهذا لم ينقضي البيع المضاف إليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منقضي موقوف فإذ على صحة التسليم بالفصل والتميز فإذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمرأضه من الأرض جازلاً أن قبضه ممكن ولو رهن شجراً وفيه ثم لم يسلمه في الرهن دخل في الرهن بخلاف البيع أنه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية لأنه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحه بخلاف البيع فإنه يصبح في الشجر بدون الثمر ولا ضرورة إلى إدخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئاً دخل فيه كل ما كان متصلاً به من البناء والفرس لأن ذلك يدخل في البيع مع أن القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل في الرهن أولى إلا أنه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع أنه لا يدخل في رهن الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لأن الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن بنظر إلى الباقي أن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداءً لا يفسد الرهن فيه وإن كان مما لا يجوز رهنه ابتداءً ففسد الرهن في الكل لأنه لما استحق بعضه تبين أن العقد لم يصح في القدر المستحق وأنه لم يقع إلا على الباقي فكان رهن هذا القدر ابتداءً فينظر فيه أن كان محلاً لا ابتداءً الرهن يبقى الرهن فيه ولا يفسد في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداءً إلا أنه إذا بقي الرهن فيه بقي بحصته حتى لو هلك الباقي بهلك بحصته من الدين وإن كان في قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين وإذا رهن الباقي ابتداءً وفيه وفاء بالدين فهلك بجميع الدين وإن شئت أن تجعل الحياة شرطاً مفرداً وخرجت المشاع على هذا الأصل لأنه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تحرجه عليه مستقيماً فافهم ومنها أهلية القبض وهي العقل لأنه يثبت به أهلية الركن وهو الإيجاب والقبول فلان تثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وأنه يحصل به خلية الراهن بين المرهون والمرتهن فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يشترط معه النقل والتحويل فلم يوجد لا يصير قابضاً وجه هذه الرواية أن القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فإمّا من قبضة قبض ينصرف إلى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل فاما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع أما العرف فإن القبض رد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الأرض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان فلا يفهم منه إلا التخلي وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فإن التخلي في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الإصالة ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الإصالة فهو أن يقبض بنفسه أو بالقبض بنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الذي يرجع إلى القابض فنحو قبض الأب والوصي عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتبه حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتبه لان نفس القبض مما يحتمل النياية ولان قبض الرهن قبض  
استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النياية وأما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا  
عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فلا صل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تبا نسا ناب  
أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الا على عن الا دنى وقد ينافقه هذا الا صل وفروعه فيما تقدم وان شئت  
عددت الحيازة والقراغ والتميز من شرائط نفس العقد قللت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا  
وبنيت المشاع عليه وان شئت قللت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه  
المشاع (ولنا) في اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون  
مقبوض فيقتضي كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيعي يمنع دوام القبض  
فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في  
اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى حبيسة بكسبها فيقتضي ان يكون محبوسا مادام مرهونا  
والشيعي يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيعي يمنع ادامة  
القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيعي مقارنا أو طارئا في ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان  
الرهن من أجنبي أو من شريك لانه لو جاز لا مسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فختلف جهة القبض  
والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما ويوما لا يجوز وعلى هذا أيضا  
يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز  
الرهن ومنها ان يكون فارغا ليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا بمزا عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد  
منهما مسألة التي ذكرنا فافهم (وأما) الذي يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط  
يقع في موضعين أحدهما في أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون  
المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عندهلاك أو بمعنى  
استيفاء الواجب ولست انفي بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما  
الدين فيجوز الرهن به بأى سبب وجب من الاتلاف والعصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف  
أسباب وجوبها فكان الرهن بهارها مضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله  
كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه  
قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق  
الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول  
بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن مما يحتمل الاستبدال وهذه  
الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن ان شاء  
الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعي المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفاء  
يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من  
حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب  
الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فمكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك  
الرهن في المجلس تم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يملك حتى افتراق بطلا  
لقوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس وأما العين فتقول لا خلاف في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي  
أمانة في يد الراهن كالوديعة والمارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه أن كان له مثل وقيمته أن لم يكن له مثل كالمعصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في أنه يجوز الرهن به وللمرته أن يحبس الرهن حتى يسترد العين فإن هلك المهر في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن سلم العين إلى المرتهن وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين لأن المهر عندنا مضمون بذلك فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بهارنا بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالأقل من قيمته وقيمة العين لأن قيمة العين بدله أو بدل الشيء قائم مقامه كأنه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه إلا ترى أنه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري إذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في كتاب الصرف أنه يجوز وله أن يحبس حتى يقبض المبيع وأن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع إذا أو في ثمنه وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لأن اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الردهلك بضمانه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه عوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح الرهن وبه أخذ الكرخي وجه رواية الحسن أن قبض الرهن قبض استيفاء المهر ون لا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير (وجه) ظاهر الرواية أن الاستيفاء هنا يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض أن لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً ماله المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها فاعطى بهارها لم يحز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر يجوز بناء على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وإن عينت فكان الواجب على الراهن مثلهما لا عينها فلم يكن العين مضموناً فلم يحز الرهن به وعندنا يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان العين مضموناً فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن بشيء بمقابلته فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولا يجوز الرهن بالعبد المجاني والعبد المديون لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن بالجرة النأحة والمغنية بأن استأجر مغنية أو نأحة وأعطاهما بالاجرة رهناً لأن الاجرة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يحز ولو دفع إلى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمي من القرض وإن حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقة في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضموناً في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني كالرهن بالدرك بأن باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع إلى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فأخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك أو لم يوجد وكذا الرهن بما ثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فإن الكفالة بما يصير مضموناً في

الثاني جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه الحال ولا شيء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضمونا الا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهنا ليقرضه ان الرهن يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لا خرضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجوز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان في المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدم فلان فكان عدم ما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعى مضمونا في الحال بل في الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا أو باطنا أو كونه مضمونا من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن ذكر محمد في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل القاء وهي قرض عليه فجحدها المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسةائة وأعطاه بهارها يساوي خمسةائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وان لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسةائة لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهم لو اختصما الى القاضي قبل أن يتصادقا ان القاضي يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسةائة فكان هذا رهنا بما هو مضمون ظاهر افيصح يدل عليه أن الرهن بمجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلا يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبي يوسف انه لا يضمن شيئا لانهما تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض العبد وأعطاه بالف رهنا يساوي القاء فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضمونا لان الالف كانت مضمونة على الراهن ظاهر أفقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم واشترى دنانير من خل وأعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل حمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبدا ناسا خطأ وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالالف من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصلحا على مال واخذ رب المال بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن  
 ﴿فصل﴾ وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نومان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق  
 بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس  
 المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكاك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكاك وكون  
 المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل الزوم الى وقت الفكاك والعبارات متفقة المعاني في متعارف الفقهاء (والثاني)  
 اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذا ان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم  
 المرهون عند الافتكاك وقال الشافعي رحمه الله الحكم الاصل للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون  
 وأخص بثمنه من بين سائر القرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيئا يمكن  
 الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان  
 شيئا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احسب بما روى عن  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له  
 غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يعلق أى لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا  
 أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التملك وسماه صاحباً له على لا طلاق فيقتضى أن يكون هو  
 المالك للرهن مطلقاً رقبته وانتفاعاً وحبساً ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد  
 معنى الوثيقة لانه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توثيقاً للدين لا توثيقاً له ولان فيما قم تعطيل العين  
 المنتفع بها في نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان  
 تعطيلاً وتعطيل تسيب وأنه من أعمال الجاهلية وقد فاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا)  
 قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى يكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه  
 وتعالى لا يحتمل الخلل فاقضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً ولان الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله  
 عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً ولو لم يثبت ملك  
 الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً  
 وأنه يني عن الحبس لغة كان ماداً عليه اللفظ لغة حكماً له شرعاً لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ  
 الطلاق والعناق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق  
 للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنع عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء  
 الدين في أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن نواه حقه بالوجود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث  
 لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله اهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين  
 وهذا كان حكماً جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذي رهنه تفسير  
 لقوله لا يعلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكنته وقوله ان ما شرع  
 له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطرفين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء  
 ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فاهلاكه ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فاهلاكه ليس  
 يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسيب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير  
 الراهن موفياً دينه في حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً في حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا  
 عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل  
 المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفية أمانه الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان اجازة المرتهن ان اجازة المرتهن عند الاجازة كونه رهنا أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن زال المانع فنقد وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا أولا في جواب ظاهر الرهن وروى عن أى يوسف أنه لا يكون رهنا الا بشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهنا وان اجازة جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤجره من أجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع بنفسه فكيف يملك غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان اجازة جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له ولا ية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهنا لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن في باب البيع فبذل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدلها مرهونا وكذلك لو أجره من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) محبة الاجارة وبطلان الرهن فلماذا كرنا (وأما) الحاجة الى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يملك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعاره وسلم للمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهنا وان اجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا أجره فجاز المرتهن أو أجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ترى ان أحد العاقلين لا يفرد بالتسخير من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد في أى وقت شاء فجازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وكذلك ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبد ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان دارا ليس له أن يسكنها وان كان مصحفا ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملك المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان اجازة جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا شكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينيا والثمن دينيا في ذمة المشتري فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه في حالة البقاء بدل المرهون وبذل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة لم يحجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط محبة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لأنه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل أنما يجوز البيع بتضمن المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولا ثم باعه منه فأما إذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم لأنه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما إذا باع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لأن بتضمن المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأن البيع لم يصح وليس له أن يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن لأن الهبة والتصدق تملك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن أن أجاز جاز وبطل الرهن وإن رد عادرهنا كما كان ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لأنه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلا نرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن يؤجره من غير الراهن بغير إذنه لأن الاجارة تملك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فإن أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فإما تقدم وكانت الاجارة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لأن القبض من حقوق العدة والعاقدة هو المرتهن ولا يعود رهنا إذا انقضت مدة الاجارة لأن العدة قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وإن رد بطل وأعاد رهنا كما كان ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهل في يده فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وإن شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه فصح وكانت الاجارة له لأنها بدل منفعة مملوكة له الا أنها لا تطيب له وإن ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لأنه صار مغرورا من جهةه فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا اجارة عليه لأن الاجارة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عادرهنا كما كان لأنه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعدما خالف فاشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالعاصب إذا أجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير إذنه لما ذكرنا في الاجارة فان أعاره وسلمه إلى المستعير فالراهن أن يبطل الاعارة فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار أن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فإلانه ملكه بالضمان فتبين أنه أعاره ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون الضمان رهنا فلا نه بدل المرهون فيكون مرهونا وإن سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لأنه عاد إلى الوفاق فالتحق بالخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما ذكرنا بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن لأنه لم يرض بحبس غيره فان فعل فالراهن الاول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يد المرتهن الاول لأن الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الاعادة إلى الاول فالراهن الاول بالخيار أن شاء ضمن المرتهن الاول وإن شاء ضمن المرتهن الثاني فان ضمن المرتهن الاول جاز الرهن الثاني لأنه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن



الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصبح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعمار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس في عياله لان الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده في معنى يده وبدا لأجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده فان فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالاداع وله أن يدفعه الى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيريه الذي يتصرف في ماله لان يده هؤلاء كيد لا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده والاصل في هذا أن للمرتهن ان يفعل في الرهن ما بعد حفظه وليس له أن يفعل ما بعد استعماله وانتفاعه وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان الترخيم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعماله وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال ويستوى فيه اليمين واليسرى لان الناس يختلقون في التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتخيم في اليمين ومنهم من يتجمل به في اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولوجمله في بقية الاصابع فهلك هلاك الرهن لان الترخيم بها غير معتاد فكان حفظا لاستعمالا ولولبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولورهنه سيفين فتقديهما يضمن ولو كانت السيفون ثلاثة فتقديهما يضمن لان التقدي سيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لاستعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جمعه على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان يبيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بإفناء الدين مع قيام عقد الرهن اذالم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإفناء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه قاتل الراهن به واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حتى فله ذلك لان الرهن وثيقة وبالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوفى باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقه الى وقت كذا والا فهلك بدينك أو ببيع بحقه لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التملك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهي مسألة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام في العدل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان مال للعدل أن يفعله في الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح والثالث في بيان ما ينزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينزل (أما) الاول فنقول والله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده ويبد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يد العدل ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالأجرة والأغارة والرهن وغير ذلك لأن الثابت له بالوضع في يده هو حق الامساك  
 لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن أو متأخراً عنه فله أن يبيعه  
 لأنه صار وكيلاً بالبيع الآن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن وإذا كان متأخراً عن العقد  
 يملك لما ذكرنا وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها رهونة تبعاً للأصل وكذا له أن يبيع ما هو قائم  
 مقام الرهن نحو أن كان الرهن عبداً فقتله عبد أو قفاً عينه لأنه إذا قام مقامه جعل كان الأول قائماً ثم إذا سلطه على  
 البيع مطلقاً فله أن يبيعه بأي جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما بأي قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر  
 ما يتعاقب الناس فيه وبالتقد والنسيئة عند أبي حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الأجل لأن الأمر بالبيع مطلق وإذا باع  
 كان الثمن رهناً عنده إلى أن يحل الأجل لأن ثمن المرهون مرهون فإذا حل الأجل أو في دين المرتهن إن كان من  
 جنسه وإن ساء على البيع عند الحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند  
 الحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي  
 مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع بأي ثمن كان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا  
 يتعاقب الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير إلا أنهم ما جوزا ما في مسألة السلم بجنس المسلم فيه لأن الأمر  
 بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فإن نهاه عند عقد  
 الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لأن التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيود متأخراً إذا كان التقييد مفيداً وهذا  
 النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصبح نهياً لأن التقييد المتأخر إبطال من حيث الظاهر كالتخصيص  
 المتأخر عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخاً لا بيباً وإذا كان إبطالا لا يملكه الراهن كإلزامك  
 إبطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً لأنه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه  
 هو الرهن لأنه قام مقامه سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن وبهلك بالأقل من  
 قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لأن الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن  
 كونه رهناً فتعتبر قيمة الرهن ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين  
 وقضى الدين منه لأنه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن  
 ثم استحق في يد المشتري فالمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لأن العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع إلى  
 العاقد والعدل بالخيار إن شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وإن شاء رجع بما ضمن  
 على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن  
 قبض الثمن من المرتهن لم يصبح فله أن يسترد منه وإذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على  
 الراهن فله أن يرجع بالعهد عليه وإذا رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لأنه أصبح قبضه هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن فإن  
 كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع إلا على الراهن لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه  
 في الأصل لا على غيره إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا فإذا لم يقبض وجب العمل بالأصل فيرجع  
 على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن  
 المشتري وجد به عيباً كان له أن يرد على العدل لأن الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع إلى العاقد والعاقد هو العدل  
 فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه والعدل بالخيار إن كان رده عليه بقضاء القاضى إن شاء رجع على المرتهن إن كان  
 سلم الثمن إليه وإن شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلأنه إذا رده عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انفسخ البيع فكان  
 له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلأنه  
 وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهد وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فإن رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على

أحد وان كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا في الاستحقاق ويكون المردود رهنًا كما كان هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما إذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهد عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطًا في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطًا فيه لم يثبت التعلق فبقى حق الرجوع بالعهد على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها موهنة تبعًا للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعًا فله أن يبيعها كماله أن يبيع الاصل وكذا البند المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو قفا عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثاني قائم مقام الاول لحماؤد ما فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمتنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطًا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضًا بالبيع فأشبهه التوكيل بالبيع في سائر المواضع واذا كان مشروطًا فيه كان حق المرتهن متعلقًا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يده مولا لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولا حتى لو رهن انسان شيئا على أن يضع في يده عبده المأذون يصبح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلًا في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبي في استيفاء الدين من مولا لذلك افترقا وعن أبي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن مولا لان المكاتب حر يد أفكان كل واحد منهما أجنبيا عما في يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلًا في استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبغير يغب ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شرىكي المفاوضة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما في يد كل واحد منهما كانه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شرىكي العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز في الشرىكين جميعا لان كل واحد منهما أجنبى عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيئا من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه بئمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيئا ورهن بئمن ما اشترى له على أن يضعه على يده نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما بشرط على أن يضعه في يده نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون في عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان في العقد فعزل الرهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت في العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الرهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الرهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فلرهن أن يعزله وينعزل بموت الرهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بمنزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن التسليط الطارىء على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصير كالوجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الرهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الاجراء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء فان اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا أن يموت الرهن لان الرهن سلب الاول لا الثاني وعلى هذا يخرج ثقة الرهن انها على الرهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الرهن لان الملك له وما كان من حقوق السيد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الرهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه وان كان بستانا فسيقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤونات الملك على المالك والمالك للرهن فكانت المؤنة عليه والخارج على الرهن لانه مؤنة المالك (وأما) العشر في الخارج يأخذه الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن في الباقي (ووجه) الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق لم يصح والباقي شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه في الخارج لا يخرج عنه عن ملكه بدليل أنه يجوز بيعه ويجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان في الرهن نماء فأراد الرهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المهر من رهونة عندنا تبع للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الاتفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الرهن للمرتن أجرا على حفظه لحفظه لا يستحق شيئا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبي يوسف ان كراء المأوى على الرهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الباقي على المرتن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتن وبقدر الزيادة على الرهن لان وجوب الجعل على المرتن لكون المهر من مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فاقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتن خاصة وان كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتن لكونها مؤنة الحفظ وكل المهر من محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما زمه لكون المردود مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والقضاء من الجناية والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الباقي ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو مقطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضي رجع على صاحبه لان القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلاً عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائباً فأتى المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وان كان حاضراً لم يرجع عليه وقال أبو يوسف ومحمد يرجع في الجالين جميعاً بناء على أن القاضي لا يلبى على الحاضر عنده وعندهما يلبى عليه وهي مسألة الجرح على الحر وستأتي في كتاب الجرح وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انهم امرهونة عندنا وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا في حكم التولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والتمر واللبن والصوف أو في حكم التولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في أن الزيادة الاولى انها ليست برهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انهم امرهونة وقال الشافعي رحمه الله ليست برهونة بناء على أن الحكم الاصل للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر المزماء قبل البيع لاحق له في الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى الجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست برهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت برهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم اصلي للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعاً للام الا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل فكانت برهونة تبعاً لأصلها كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم لكن تبعاً لأصلها فلا يكون له حصصة من الثمن الا اذا صار مقصوداً بالتبض فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكك واذا كانت الزيادة برهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائها الى وقت الفكك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكك وبين ذلك في موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتحن أن يحبسهما جميعاً بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتحن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لأن ذلك دين لا رهن به والثاني ان المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتحن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي قل الباقي أو أكثر لان الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فابقى شيء من الدين بقي محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فابقى شيء من الثمن بقي محبوساً به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس المرهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل واحد منهما شيئاً من المال الذي رهن به أو لم يسم في رواية الأصل وذكري الزيارات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيدان ما ذكر في الأصل قول أبي يوسف وما ذكر في الزيارات قول محمد وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيارات أنه لما سمي لكل واحد منهما ديناً متفرقاً أوجب ذلك طريق الصفقة فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بمقدار على حدة (وجه) رواية الأصل أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة إلا أنه فرق التسمية وتفرق التسمية لا يوجب تفرق الصفقة كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن وإن سمي لكل واحد منهما ثمناً على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لأن بمقدار الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاة بالدين وإن كان فيه فضل رده على الراهن وإن كان نقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الأجل لأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً فإذا حل الأجل فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه وإن كان من خلاف جنسه يحبس إلى أن يستوفي دينه كله وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وإن نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان يئنه وبين الغرماء بالحصص لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لأن ذلك الدين لا رهن به فيضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضي الدين أولاً ثم يسلم الرهن لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه بطل الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولاً فن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن إلا أن المرتهن إذا طلب الدين يؤمر بحضور الرهن أولاً ويقال له أحضر الرهن إذا كان قادراً على الإحضار من غير ضرر زائد ثم مخاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير إحضار الرهن ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً ثم يؤمر بالبائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع إلا أن البائع إذا طلبه بتسليم الثمن يقال له أحضر المبيع لجواز أن المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده بدله بعد أن كان البديل من خلاف جنس الدين نحو ما إذا كان المرتهن مسلطاً على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن أن لا يدفع حتى يحضره المرتهن لأن البديل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائماً كان له أن يمنع ماله بحضرة المرتهن فكذلك إذا قام البديل مقامه ولو كان الرهن على يد عدل وجعل للعدل أن يضعه عنده من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه بحجر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن بحضور الرهن لأن قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق إلا أنه رخص له التأخير إلى غاية إحضار الدين عند القدرة على الإحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على إحضاره لأن للعدل أن يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصبا

والى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ \* لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضع الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو لا يكلف المرتن باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن في يد المرتن فالتقيافى بلد آخر فطالب المرتن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتن لم يهلك فالقول قول المرتن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل في الثابت بقاءه فالمرتن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعى اهلاك يدعى على المرتن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتن لا يصير مستوفيا باهلاكه لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتن في هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتن والمرتن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن بماله حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتن الرهن لانه ليس في احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين في هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثاني في بيان شرائط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعرض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفي رواية الرهان بما فيها وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرس باحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتن بحقه فاخصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقتك ولان المرتن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكك وتقرر معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يخلق الرهن أى لا يهلك إذا الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً معنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الإسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى هقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الأوقات لأنه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول إلى حقه لحصل معنى التوثيق

**فصل** (وأما) شرائط كونه مضموناً عند الهلاك فأشياء منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوي بين الأبراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولأن المرهون لما صار مضموناً بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لا نعدم ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين لأن الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالأبراء فاستحال أن يبقى مضموناً به وقد خرج الجواب عن قوله أن الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لا نأقول نعم إذا كان الدين قائماً فإذا سقط بالأبراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لأن قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لأن المستوفى يصير مضموناً على المرتهن بخلاف الأبراء لأنه مسقط لأن الأبراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا إذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فإن وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصدقها رهنًا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لأنهم انصرفوا مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضموناً وكذلك لو أخذت بالصدق رهنًا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لأن الصداق لم يسقط بالردة لم يبق القبض مضموناً فصار كما لو أبرأت عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنًا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة ولقب المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنًا بالمتعة عند أبي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبي يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن يبدله في الشرع لأن بدل الشئ يقوم مقامه كأنه هو وهذا كان الرهن بالمغصوب رهنًا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنًا برأس المال عند الأقالمة والمتعة بدل عن نصف المهر لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا أحد البدل في أصل الشيوع ولا يبي يوسف أن المتعة وجبت أصلاً بنفسها لا بدلاً عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداءً كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحاكمين وبقي في حق الحكم الآخر إلا أنه لا يعمل فيه إلا بعد الطلاق فكان الطلاق شرطاً لعمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلاً كما في سائر الأسباب المتعلقة بالشروط ولو أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثم تقاسخ العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لأن



القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام وبالأقاليم يسقط الضمان أصلا لأن بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما إذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء لأن الضمان هناك يسقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا أو ثوبا بضائمه تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأن المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم ومنها أن يكون هلاك المهرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وإن بقي عقد الرهن لأن المهرهون إنما صار مضمونا بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين لأن قبض الغاصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لأن المهرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لا لعدم ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافي قبض الرهن لأنه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمهرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لأن قبضه قبض الاعارة وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو أعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمهرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المهرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولد أقال ولد رهن لأن الأصل مرجع لقيام عقد الرهن حتى لو هلك الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لأن الضمان وإن فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر وإذا بقي العقد في الأم صار الولد رهنا متبعا للام فكان له أن يحبس به بجميع المال وكذا الولدت هذه الابنة ولدا فانهم رهن بجميع المال وإن ماتا لم يسقط شيء من الدين لأن الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدي المال كله لانهما دخلا جميعا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولومات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرده إلى المرتهن المرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وإن لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به ففك الرهن وهو ثوب وبه خرق باختلاف فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهم لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا إذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فاما إذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تحرق وقال المرتهن لبسته فتحرق فالقول قول الراهن لانهم اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وإن أقام الراهن البيينة أنه تحرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البيينة أنه تحرق بعد خروجه من الضمان فالبيينة بينة الراهن لأن بيئته مثبتة لأنها تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المهرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد كالولد والثر والبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا إلا الأرض خاصة حتى

لوهلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس برهن مقصود ابل تبعا للاصل كولد المبيع على أصل أصحابنا انه مبيع تبعا لمقصودا والمرهون تبعا لخاصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكك كما أن المبيع تبعا لخاصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبذل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الأصل والأصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انهما مضمونة لانها مرهونة مقصودا لتبعا لان الزيادة اذا سحقت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما ذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ولوهلك الأصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الأصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الأصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الإيجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكك لان الأصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض وان زيادة انما يصير لها حصصة من الضمان بالفكك فتعتبر قيمتها حينئذ الا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفكك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الأصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لان الأصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك وشرح هذه الجملة اذ ارهن جارية قيمتها ألف فولدت ولدا يساوي الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي فتسكت الراهن به ان بقي الى وقت الافتكك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الولد وثلث في الام وتبين ان الام هلكت بثلاث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة أربعا ثلاثة أرباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الام وثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلاثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصل ثم يقسم باقية عليه وعلى ولده لان ولدا الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم قصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصار تساوي خمسمائة أوزادت قيمتها فصار تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانقصت قيمة الولد ببسبب دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة صارا للدين فيهما أثلاثا الثلثان في الام وثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي الفين فثلثا الدين في الولد وثلث في الام حتى لو هلكت الام يبقى الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الأصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصصة من الضمان بالفكك فتعتبر قيمته يوم الفكك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بمورها ربه وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الأرباع (فأما) إذا عورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الا عورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف فاذا ولدت ولدا فينسحق أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالا عورار لم يكن حجابا بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالا عورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم عورت ولو هلك الولد وقد عورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالا عورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا عورت ذهب بالا عورار نصفه وبقي النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبد لأن هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصود أفكانت رهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزد يد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (أما) ان زاد في الرهن وليس في الرهن نماء (وأما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزد يد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية والفاو قيمة العبد الف والدين الف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما رهون مقصودا لا تبعا لأنه اعتبر قيمة المزد يد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما يدخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماء وان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها رهونة تبعا لأصلا والمرهون تبعا لا يأخذ حصصه من الضمان الا بالفكالك فتعتبر قيمتها يوم الفكالك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصل في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبد اقيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية ففرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماء بأن عورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكالك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالا عورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلثمائة أربع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادة في الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصل لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليها على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست برهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتا في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتين من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

عبد اقيمتة ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقى ألف أثلاثا لها في العبد وثلاثا في الجارية حتى لو هلك العبد هلك بثلاثي الخمسة وذلك ثلثا وثلاثة وثلاثون وثلاث ولو هلك الجارية هلك بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لأن الزيادة زائدة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها وبقى نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولو قضى خمسة ثم عورت الجارية قبل أن يزبد الرهن ثم زاد عبد اقيمتة ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لأنه لما قضى الرهن خمسة ففرغ نصف الجارية شائع من الدين وبقى النصف الباقي في نصفها شائعا وذلك خمسة فإذا عورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقى مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة وذلك خمسون في الاصل هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم زاده عبد اقيمتة ألف فالرهن لا يخلو أمانا زاد والام قاعمة وأمان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت قاعمة فزاد لا يخلو أمانا جعله زائدة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزد عليه انه الام أو الولد فان جعله زائدة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لأن الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زائدة على الولد فيكون زائدة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فبا تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها لأنها إنما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لأنه إذا هلك جمل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لأن الزيادة لا بد لها من مز يد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زائدة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فمعد التقييد والتنقيص أولى وإذا وقعت زائدة على الام جمل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولومات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها وتعتبر زائدة الولد في حق الام ولا تعتبر في حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لأن الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقى الولد وان الزيادة بما فيها بخلاف ما إذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لأن بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لأنه إذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصبح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لأن الولد غير مضمون بالهلاك فإذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زائدة على الام والولد جميعا فالعبد زائدة على الام خاصة ولا عبء للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وإنما يعتبر في حق الام ويدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينهما وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فان زيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الاثر اذ يصلح مزيدا عليه الا ان الام اصل في الرهن والولد تابع ف عند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت الزيادة رهنًا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) اذا هلك الام ثم زادوا العبد زيادة على الولد فكانا جميعاً رهناً بخمسائة فهلك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة تستدعي مزيدا عليه والهالك خرج عن احتان ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الرهن العبد بغير شيء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد ان الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة الا اذا منع بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهناً في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصباً بالمنع فيلزمه ضمان العصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيئاً واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيئاً واحداً يهلك مضموناً بالاقول من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبداً بقيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهورواه عن سيدنا علي رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أى على المرتهن بفضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ أى يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا علي رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يتراد ان الفضل يعني ان كانت قيمة الرهن أكثر فالرهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضموناً فانكار الضمان أصلاً يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلاً ثم الرجحان في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله بصورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يحقق الاستيفاء الا في قدر الدين ولا يحقق في الزيادة لان استيفاء الاقل من الأكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيئاً واحداً فاما اذا كان أشياء بأن رهن عشرين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (أما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئاً من الدين (وأما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدر معلوم من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضموناً بالاقول من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما امرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضموناً بالاقول من قيمته ومما سمي له لانه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقول من قيمته ومن القدر المسمى كما في باب البيع اذا سمي لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان من

جنسه بأن رهنه وزنا بجنسه أو مكيلًا بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضمونًا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما ذكرنا أصل أبي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فاما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) في الانكسار فابو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء في الوزن والقيمة ولا يران الجعل بالدين أصلاً ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدي ذلك إلى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي إلى الربا فان أدى إلى شيء مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضاً وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فابو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الامانة والمضمون فما كان في الامانة يذهب بغير شيء وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه بصرف النقصان إلى الزيادة وإذا أكثر النقصان حتى انتقص من الدين بخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد إلا أن محمد أترك أصله في الرهن وعند أبي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخير الجاهل على هذه الأصول فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يحل وما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة أو ما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية وما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والآن انكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وقاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه بأفهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكالك بلا خلاف لانه لو افتكك اما أن يفتكه بجميع الدين واما أن يسقط شيء من الدين بمقالة النقصان لا سبيل إلى الاول لان فيه ضرراً بالراهن لقوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل إلى الثاني لانه يؤدي إلى الربا لان الدين والرهن يستويان في الوزن والجودة لا قيمة لها شرعاً عند مقابلة بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعاً فيكون إيفاء عشرة بثمانية فتكون ربا في تخيران شاء افتكك بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهناً مكانه وبصير القلب ملكاً للمرتهن بالضمان وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمدان شاء افتكك بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وبصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمدان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدى كقبض العصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفي الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام وأبطله بقوله لا يعلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلاً وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصالح حكمه في الجملة ألا ترى ان محمد يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما ذكرنا وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وقاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (أما) ان يهلك بوزنه (وأما) أن يهلك بقيمته لا سبيل إلى الاول لان فيه ضرراً بالمرتهن ولا وجه إلى الثاني لانه يؤدي إلى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل استيناء والجيد والردى في الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بخلاف (أما) على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف فلائهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدى الى الضرر بالمرتن حيث يصير الرهن الذى قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدى الى الرافقت الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك بالدين عند أبي حنيفة اعتبار الوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا أفضل فكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن (أما) على قول أبي يوسف فقل يضم المرتن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكاً للمرتن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهناً بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الامانة والمضمون والقدر الذى في الامانة يذهب بغير شيء والقدر الذى في المضمون يضم قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتن ويحبر الراهن على الفكاك وان زاد على ذلك ينحسر بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته وزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثرت النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهناً والقلب للمرتن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتبار الوزن وعندهما يضم قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلائهما لا يحبران الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً ومحمد ان كان يحجزه لكن بشرطة انعدام الضرر وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة وعندهما يضم القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضم خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهناً والقلب ملكاً للمرتن وعند أبي يوسف يضم خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهناً عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل النقصان بأن كان درهم أو درهمين ويحبر الراهن على الفكاك وان كان أكثر من ذلك ينحبر الراهن بين الفكاك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بخلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

وأكثر من الدين بأن كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وإن انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجمل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر وإن كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يفرم جميع القيمة ولا يمكن الجمل بالدين عند محمد لأنه يؤدي إلى الربا وإن كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يفرم القيمة في الحالين وإن كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شر يكافئ هذا شيوخ طاري فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لأن الشيوخ يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة إلى القطع لأن الشيوخ الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فإن منعه حتى هلك يضمن مثله إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل لأنه صار غاصبا بالمنع والمفصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وإن لم يوجد المنع من المرتن حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله أنه يهلك أمانة لأن الرهن إذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لأنه قبض باذن المالك فأشبهه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه ذكر في الجامع الكبير أن كل ما هو محل للرهن الصحيح فإذا رهنه رهنا فاسداً فهلك في يد المرتن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدر وأم الولد وهذا يدل على أن الفساد كان لمعنى في نفس المرهون لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وإن كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (وجهه) أن المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض إلا أن من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقاً متقوماً كالقبوض بالبيع الفاسد فإن وجد الشرط يكون مضمونا وإلا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فتنقول المرهون لا يخلو (أما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (وأما) أن كان من غير بني آدم من سائر الاموال فإن كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته إن كان ممالا مثل له ومثله إن كان ممالا مثل كذا إذا لم يكن مرهونا والمرتن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لأنه بدل المرهون ثم إن كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وإن كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتن لأنه لو أ تلف مالا مملوكا متقوماً بغيره كان ماله في ضمن مثله أو قيمته كما لو أ تلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وإن استهلكه الراهن فإن كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وإن كان لم يحل أخذ المرتن منه الضمان فأمسكه إلى أن يحل الدين وإذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة غلبيت أو ولدت فعليه ضمانه (أما) وجوب الضمان على الأجنبي والمرتن فظاهر لأن الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه بوجوب الضمان (وأما) وجوبه على الراهن فلأن المتلف وإن كان مملوكا له لكن للمرتن فيه حق قوى فيلحق بالمالك في حق وجوب الضمان وإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتن لأنه بدل المرهون فيقوم مقامه فإن هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لأنه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الأصل والأصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البديل وإن هلك الشاة سقطت حصتها من الدين لأنها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويقتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لأن الزيادة تصرف مقصودة بالفساد فكيف يصير لها حصصة من الدين هذا إذا كان الاستهلاك بغير إذنه فاما إذا كان باذن قال الراهن للمرتن أحلب الشاة فاحلبت



فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الراهن فيصح  
أذنه بالأكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن اتلاف  
المرتن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه  
ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر  
قيمتها فان كان حصص الشاة يسقط وما كان حصص الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لأن فصل المرتن لما كان  
مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصص من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها  
خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاءه وكذلك  
لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتن فالجواب فيه وفي المرتن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو  
استهلكه الراهن باذن المرتن لاشي عليه لأن الضمان لوجب لوجب لحق المرتن لا لحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل  
المرتن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بأف سهاوية وبقيت الشاة رهناً بجميع  
الدين وان كان المرهون من بني آدم فبني عليه فجعلته الكلام في جنائيات الرهن انها ثلاثة أقسام جنائية غير الرهن على  
الرهن وجنائية الرهن على غير الرهن وجنائية الرهن على الرهن اما جنائية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجنائية  
في النفس واما ان كانت في ابدان النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ والجاني لا يخلو اما ان  
كان حراً أو عبداً فان كانت في النفس عمداً أو الجاني حر فللراهن أن يقتص اذا اجتمع على الاقتصاص في قول أبي  
حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمع عليه وعن أبي يوسف وايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله  
الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتن  
ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولي والولى هنا غير معلوم لأن ملك العين والرقبة  
للراهن وملك السيد والحبس للمرتن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجهه والى المرتن من وجهه فصار الولي  
مشتبه بمجهول وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً أنه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه  
المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمع عليه  
لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان المولى معلوماً  
فامكن القول بوجود القصاص لهما على الشركة لا ستوائهما في الملك (وجه) قول أبي حنيفة أن الملك للراهن من كل  
وجه وانما للمرتن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان المولى معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية  
الاستيفاء على رضا المرتن الا انه توقف لتعلق حقه فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لأن الملك فيه  
للمولى من وجهه وللمكاتب من وجهه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فاشبه المولى فامتنع  
الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لأن العبد انما كان رهناً من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل  
اذا القصاص لا يصلح بدلاً عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمع على القصاص (فاما) اذا  
اختلفا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لأن في استيفائه  
ابطال حق المرتن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت  
القيمة رهناً ولو اختلفا بطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لأن حق المرتن وان بطل بالفكالك  
لكن بعد ما حكم القاضي بطلان القصاص فلا يحتل المودود وان كانت الجنائية خطأ أو شبه عمداً فعلى عاقبة القاتل  
قيمته في ثلاث سنين يقبضها المرتن فكون رهناً لان العبد وان كان مضموناً من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال  
على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزداد دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فجاز  
أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتن ثم ان كان الرهن مؤجلاً كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقي فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل أي يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى وقت الفسك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فخل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدي الى الربا لانه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن بغير قيمته والحكم فيه وفي الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني آدم سواء وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالقداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين وبحبر الراهن على الافتسك بخلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا وبحبر الراهن على الافتسك بجميع الدين كما كان يحبر على افتسك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخيار ان شاء افتسك بجميع الدين وان شاء تركه للمرتن بدينه فحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتسك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولا في حنيفة وأبي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام مقام الاول لحما واما الاول كان رهنا بجميع الدين وكان يحبر الراهن على الافتسك بجميع الدين فكذلك الثاني وكذلك لو كان العبد المرتن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبدا يساوي مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار القداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفى جميع دينه وبحبر الراهن على الافتسك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يحبر الراهن بين الافتسك بجميع الدين وبين الترك للمرتن بالدين وقد مررت المسئلة هذا اذا كانت الجنائية في النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس فان كان الجاني حرا يجب ارشده في ماله لا على عاقلة سواء كانت الجنائية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب في ماله فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطأ والعمد فلا ان القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش فكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو بالقداء بارش الجنائية فان اختار القداء بالارش كان الارش مع المجني عليه رهنا وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا والخصومة في ذلك كله الى المرتن لان حق الحبس له والجاني فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل القاتل فيقيمة مقامه رهنا هذا الذي ذكرنا حكم جنائية غير الرهن على الرهن (وأما) حكم جنائية الرهن على غير الرهن فجنابته لا تخلو اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غير بني آدم فمن سائر الاموال فان كانت على بني آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو في معناه فان كانت عمدا يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا يرى انه لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن الملك مانعا لحق المرتن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى في دمه بل هو أجنبي عنه وكذا المرتن من طريق الاولى اذا ثبت له الحق والحق دون الملك فصارت جنابته

على الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنابته على الاجنبي سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلا كه حصل  
 في ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنابته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان  
 كانت شبه عمدا أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنونا أو كانت  
 جنابته فيمادون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنایات من العبيد والاماء توجب الدفع أو القداء ثم ينظر ان كان  
 العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألقا والدين ألقا أو كان الدين ألقا وقيمة  
 العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالقداء لانه بالقداء يستبق حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير أن يسقط  
 حق المرتهن ولو بدى بالراهن وخطوب بالدفع أو القداء على ما هو حكم الشرع فر بما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن  
 ويسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالقداء أولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجنابة  
 وصار كأنه لم يحن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان  
 متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كالمفداه أجنبي ولانه بالقداء أصلح الرهن باختياره واستبق حق نفسه فكان عاملا  
 لنفسه بالقداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى  
 يخاطب الراهن بالدفع أو القداء لان الأصل في الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب القداء صيانة  
 لحقه فاذا أبى عاد الا امر الى الأصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن  
 ملكه بالدفع الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن  
 فصار كأنه هلك في يده وكذلك ان اختار القداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان القداء على المرتهن لحصول الجنابة  
 في ضمانه الا انه لما أبى القداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالقداء فكان مضطرا في القداء  
 فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين  
 المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى الى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان القداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو  
 أكثر سقط الدين كله وان كان القداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر القداء  
 وحبس العبد رهنا بالباقي وان كان القداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة  
 العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند القداء وان كان العبد بعضه  
 مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألقين والدين ألقا فالقداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة  
 فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الأمانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالقداء والمعنى  
 من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خطوب بذلك (اما) ان  
 اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على القداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر القداء والحال لا يخلو اما  
 ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعاه قد سقط دين المرتهن لان  
 الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على القداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فدى طهرت رقبة العبد عن الجنابة  
 ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه  
 فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما القداء والآخر الدفع فأيهما اختار القداء فاختاره أولى  
 (اما) المرتهن فلانه بالقداء يستبق حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار  
 المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبق ملك الرقبة بالقداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وباطال ملك  
 الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضاً وعتبا بارداً فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما  
 اختار القداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن ففدى  
 بجميع الارش بقي العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجنابة بالقداء فصار كأنه لم يحن ويرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع  
 وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى  
 أنه التزم القداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لأنه لو لم يلتزم لخو طاب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع  
 (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى اصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان  
 مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار القداء هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا  
 بنصف القداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف القداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط  
 من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا  
 فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لأنه لا ملك له في العبد أصلا  
 والدفع تملك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية القداء بجميع الارش  
 فان كان الحاضر هو المرتهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف القداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن  
 بدينه و بنصف القداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف القداء بعد قضاء الدين وعند  
 أبي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا في نصف القداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كالموفداه بحضرة الراهن  
 فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة  
 والغيبة فجعله متبرعا في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن فقدها بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف  
 القداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف القداء دين المرتهن كالموفداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن  
 فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كالموفداه أجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة ولا في حنيفة  
 رضى الله عنه أنه في حال الحضرة التزم القداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة  
 الغيبة وهو محتاج الى اصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا  
 الذي ذكرنا حكم جنائية الرهن (فاما) حكم جنائية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب  
 المولى بالدفع أو القداء أما عدم وجوب القداء على المرتهن فلان خطابه فداء الرهن مع أنه ليس مملوكه لحصول  
 الجنائية من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شيء وأما خطاب المولى بالدفع أو  
 القداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين أما وجهه عن الرهن فلزوال ملك  
 الراهن عنه فيخرج عن الرهن كالمو هلك وأما عدم سقوط شيء من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف  
 الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا فدى فله ذلك لان الولد مروهون  
 وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصل للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان القداء منه اصلا حا للرهن  
 فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبي فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنائته على نفس المرتهن  
 جنائية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جنائية العبد المغصوب  
 على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت  
 الغصب فتبين أن تلك الجنائية لم تكن جنائية العبد على مولاه وأما جنائته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة وعند  
 أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجنائية لمافي  
 الدفع أو القداء من سقوط حتى فله ذلك وبطلت الجنائية والبسدرهن على حاله هكذا أطلق الكرخي وذكر  
 القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان  
 بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنائته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل  
 المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار القداء فنصف القداء على الراهن ونصفه على المرتهن فاما

كان حصصة المرتهن يبطل وما كان حصصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة (وجه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما إذا وردت على أجنبي وهذا لأن الأصل في الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد وإن كان فيه سقوط دينه ولا يبي حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن فورودها على غير المالك أن كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لأنها توجب القداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من إيجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا إذا جنى على نفس المرتهن فاما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل لجنايته هدر بالاجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن لملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الأمانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الأولى أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلم يزم اعتبارها وجه الرواية الأخرى أن ذلك القدر وإن لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك أنها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شيء من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سواء هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني آدم وأما حكم جنايته على سائر الأموال بأن استهلك ما لا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه إلا إذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاها أحدهما فالحكم فيه والحكم فيها ذكر من القداء من جنايته على بني آدم سواء وهو أنه إن قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهنا على حاله لأنه بالقداء استغفر رقبته العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فاداه عن الجناية وإن أبي المرتهن أن يقضى وقضاها الراهن يبطل دين المرتهن لما ذكرنا في القداء من الجناية فإن امتنع عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لأن دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى أنه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لأنه دونته ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو أما أن يكون فيه وفاء بدين الغريم وأما أن لم يكن فيه وفاء به فإن كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو أما أن يكون مثل دين المرتهن وأما أن يكون أكثر منه وأما أن يكون أقل منه فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجود ضمان المرتهن فصار كأنه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لاحق لاحد فيه فيكون له خاصة وإن كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقي لأنه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم إن كان الدين قد حل أخذه بدينه أن كان من جنس حقه وإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه وإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل هذا إذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما إذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله إلى المرتهن بل يصرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن لأن قدر الأمانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن وكذلك إن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل إليهما على قدر تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا وإن لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد اتما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فإذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتق وإذا أعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جنابة ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جنابة الام سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الام إلا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقي الولد هنا كما كان وان يبيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتهن لانه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذي ذكرنا حكم جنابة غير الرهن على الرهن وحكم جنابة الرهن على غير الرهن فاما حكم جنابة الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق جنابة الرهن على الرهن نوعان جنابة على الرهن نفسه وجنابة على جنسه أما جنابته على نفسه فهي والهلاك بأفقه سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لان الامانة وأما جنابة الرهن على نفسه فعلى ضرر بين أيضا جنابة بني آدم على جنسه وجنابة البيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جنابة بني آدم على جنسه بان كان الرهن عبيدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنا في صفقة واحدة واما ان كانا رهنا في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنابته لا تخلو من أربعة أقسام جنابة المشغول على المشغول وجنابة المشغول على الفارغ وجنابة الفارغ على الفارغ وجنابة الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحدة وهي جنابة الفارغ على المشغول فانه معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ ويكون رهنا مكانه أما جنابة المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجنابة المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حق نفسه لوجوب الدفع عليه أو القداء له وإيجاب شيء على الانسان لنفسه ممنوع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جنابة المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما في الجاني عليه من الدين الى الجاني ومشغول يدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جنابة المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جنابة الفارغ على الفارغ فلا ندين للفارغ ليتحول الى الجاني فلا فيسدا اعتبارها في حقه وأما جنابة الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى الفارغ وبيان هذه الجملة في مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبيدين يساوى كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما صاحبه او جنى عليه جنابة فيمادون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنابته هدر ويسقط الدين الذي كان في الجاني عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجنابة المشغول على المشغول هدر فجعل كان الجاني عليه هلك بأفقه سواء ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا بسبع مائة وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين مائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من الجاني عليه وجنابة قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شيء من الدين ولا يتحول الى الجاني وجنابة قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسمائة فيبقى رهنا بسبع مائة وخمسين ولو فقتل أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين في العين الى الباقي فيصير الباقي رهنا بست مائة وخمسين وبقي المشغول عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد القاقى جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الأدمى نصفه إلا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والقاقى جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والقاقى نصفه مشغول ونصفه فارغ إلا أن جنابة المشغول على قدر المشغول والفارغ وجنابة الفارغ على قدر الفارغ والمشغول فقددر جنابة الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى القاقى وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان في الفاق خمسمائة فيصير الفاق رهنا بستائة وخمسة وعشرين ويبقى المققوع عنه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا في صفتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالورهن كل واحد منهما رجلا على حدة ففى أحدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفة واذا اعتبرت الجناية هنا بخير الرهن والمرهن فان شا آجعل القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين وان شا آفديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفسين وقيمة كل واحد منهما الفاققتل أحدهما الا آخر فان دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل وان قال نفدى فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الرهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو قفا أحدهما عين الاخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المققوع عنه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبي فان قال المرتهن أنا لا أفدى ولكنى أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاق رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المققوع من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتهن بهدرا الجناية صار هدر ا وان قال الراهن أنا أفدى وقال المرتهن لا أفدى كان للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لمار وى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أى هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك باقة سماوية سواء وكذلك جنائيتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بنى آدم عليها فحكمها جناية على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

**فصل** وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه رهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه رهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشىء لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقلين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينقضي بالحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا ساوى الفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بخارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لاشك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشاء العقد في الثانى وهما على ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده قبل رد هلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون قبض وكذا لا يدخل الثانى في الضمان الا برده الاول حتى لو هلك الثانى في يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض برهنتيهما على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثانى وطلب رد الاول والاو كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثانى في الضمان ولو هلكا جميعا فى يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شىء لانها أمانة هلكت في يده فتهلك الهلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه رهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنا بالدين الذى كان العبد رهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالألف لأنه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء إلا أن شرط كونه مضمونا رد الأول لأنه لم يرض برهنهما جميعا إلا أن يكون الثاني بدل الأول بل هومة قصود بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الأول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فردا العبد على الرهن وقبض الجارية فهي رهن بالألف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا أن الثاني أصل بنفسه لكونه رهنا بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالبراءة عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لغيره والمسئلة مرت في مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاغارة ويخرج بالاغارة بأن أجره الرهن من أجنبي باذن المرتن أو المرتن باذن الراهن أو استأجره المرتن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة إذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بأن باعه الراهن أو المرتن باذن الراهن أو باعه العبد لأن ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لأنه زال إلى خلف وهو الثمن بقي العقد عليه وكذا في كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق إذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وإن كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يخرج ببناء على أن الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله أن هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتن ولا شك أنه تضمن ابطال حقه لأن حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما إذا كان الراهن موسرا لأن هناك لم يوجد الابطال لأنه يمكنه الوصول إلى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) أن اعتاقه صادف موقوف هو مملوك كرقبة فينفذ كاعتاقه إلا بقي والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لأن المرهون مملوك للراهن عيناً ورقبة إن لم يكن مملوكاً كأياد وحسباً وملك الرقبة يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستأجر والابق وقوله يبطل حق المرتن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وهذا لا يمنع النفاذ كما في موضع الإجماع مع ما أن الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتن حق الحبس ولا شك أن اعتبار الحقيقة أولى لأنها أقوى بخلاف البيع لأن نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعاً لأن القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لأنه في يد المرتن فإذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهوناً لأنه صار حراً من كل وجهه والحر من وجهه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجهه أولى ولهذا لم يصلح رهنا في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء ثم ينظر أن كان الراهن موسراً والدين حال بحجر الراهن على قضائه لأنه لا معنى لإيجاب الضمان وكذلك أن كان الدين مؤجلاً وقد حل الاجل وإن كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتن رضاً مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلا أنه أبطل على المرتن حقه حقاً قويا هو في معنى الملك أو هو ملكه من وجهه لصيرورته مستوفياً دينه من ماله من وجهه فجاز أن يكون مضموناً بالاتلاف وأما كونه رهناً فلا أنه بدل العبد وفي الحقيقة بدل ماله فيقوم مقامه وإذا حل الاجل ينظر أن كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فإن كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وإن كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وإن كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلا أنه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لأن الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخدة الإنسان بالضمان من غير مباشرة بسبب منه خلاف الأصل وكذلك لو كان الراهن موسراً وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لأن العبرة لوقت الاعتاق لأنه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وإن كان معسراً فالمرتن أن يرجع بدينه على الراهن إن شاء وإن شاء استسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضاً أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى في الأقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين القين وقيمة العبد وقت الرهن ألفاً فازدادت قيمته في يد المرتن حتى صارت تساوى القين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر



قيمته وقت الرهن ولو انتهت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما)  
 اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا  
 العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة  
 عند العبد فوصلت الى العبد بالانفاق مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك  
 الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا  
 لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين  
 وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند عسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال العسار لا في  
 حال اليسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد  
 بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من  
 كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محمية الحبس  
 بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أمأهمنا فبخلافه (وأما) السعاية في  
 الأقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند  
 العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بماسعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص  
 ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي أزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال  
 نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقي  
 بعد السعاية شيء من الدين يرجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا  
 وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص في السعر حتى عادت قيمة الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر  
 قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر  
 خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبدا يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه  
 الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما  
 دفع به فقد قام مقام الاول لحماؤا فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو  
 معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع  
 ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوي ألفا بألف فولدت ولدا يساوي ألفا فاعتقها المولى وهو  
 معسر سعى في ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلتها عبدقيه ته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف  
 درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحماؤا وما هي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى  
 لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة  
 رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا القرار يريد الزام السعاية  
 على العبد وقوله في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال  
 لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد  
 الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لان ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز  
 تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد  
 الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط لجواز الرهن على  
 ما بيننا فاقدم وبالتدبير يخرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا في  
 حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخي

رحمة الله انه يسعى وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتهن وبين الاعتاق وهو ان الدين ان كان حالاً أخذ المرتهن بجميع دينه من الراهن وان كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهناً مكانه كما في الاعتاق (وجهه) ما ذكره الكرخى ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوى فيه حال الاسعار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه ووجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الاعسار (وجهه) ما ذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها اذ لا صنع له في التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن إيجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من إيجابه على من لا صنع فيه أصلاً ورأساً فاذا كان المولى معسراً كان الامكان ثابتاً فلا معنى لإيجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ما قلنا وقيل ان كان الدين حالاً فكذلك فاما اذا كان مؤجلاً فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون رهناً مكانه وهكذا ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى (وجهه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالاً كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلاً لا يجب قضاؤه للحال أصلاً ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فيجب اعادة حقه اليه بموضع يقوم مقامه جبراً للقائت فيتقدر الجائر بقدر القائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذا القائت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعاية ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجهه المحتبس عنده وهو مال فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسراً لانه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطراً فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله وقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضاً وهو ان المدبر يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا اعتق او دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فقبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل محت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن (أما) محبة الدعوة فلان الجارية ملكة من كل وجه والمالك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالمالك من كل وجه أولى وثبت النسب حكم محبة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخرج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاء وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهناً ابتداءً فكذا في حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرراً قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية في حكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية موضوعة الحمل ثم ادعى الراهن الولد محت دعوته وثبت النسب وصار حرراً وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الاول الآن هنا صار الولد حرراً بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الآن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الواد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الآن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسرى في الأقل من الأشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسرى في أقلهما اذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه

**فصل (وَأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق** اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف والرهن يساوى ألفاً وقال المرتهن ارهنته بمائة والمرتهن قائم فقدر روى عن أبي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما مختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلغا في قيمة الهالك ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتي هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما مختلفا في قدر المقتود عليه وانه يوجب التحالف كما في باب البيع ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هالك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت استيفاء الدين وبينه المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله في الضمان وهو ينكر ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلغا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعور الى النصف بمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما زاد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهداً له وان أقام البينة فالبينة بينة أيضاً لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلغا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضموناً بنفسه بخروجه عن كونه رهناً بالمبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحوّل زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينه المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفقا على الرهن اتفقا منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصارك انه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان نجى بيمينته أو يصدق قهلاً ذكرنا انه كان مضموناً فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعته بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الاتسعمائة

ويكون الراهن راها بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول في براءة نفسه غير مقبول في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات في يد المرتهن أخذ بينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ بينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن ثبتت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت أمر الم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن وبينة الراهن تقر رضانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

— — — — —

### كتاب المزارعة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في معنى المزارعة لغة وشرعا وفي بيان شرعيتها وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يحيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي ينسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الاول فالزراعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبها لا بتخليقه وإيجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعات شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع وجود من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الارض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقالة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثاني ان كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبب لحصول النبات وفعل التسبب يوجد من كل واحد منهما الا ان التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات والاسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لو جود فعل الزرع منه بطريق التسبب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه

فصل وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خير معايلة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبي حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وانه منهي بالنص والمعقول (اما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج في حائط لا تستأجره بشئ منه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قبز الطحان والاستئجار ببعض الخارج في معناه والمنهى غير مشروع (واما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والرابع ونحوه استئجار ببذل مجهول وانه لا يجوز كافي الاجارة وبه تبين ان حديث خير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة للدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقرم ما أقرم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام محبيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿فصل﴾ وأما ركن المزارعة فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا أو يقول العامل قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجدتم العقد بينهما

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يحجز المزارعة وشرائط مفسدة له (أما) المصححة فأنواع بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع وبعضها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة وبعضها إلى الخارج وبعضها يرجع إلى المزرع وفيه وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة (أما) الذي يرجع إلى المزارع فنوعان الأول أن يكون عاقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعة واحدة إلا أن العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعة واحدة لأن المزارعة استتجار ببعض الخارج والصبي المأذون بملك الاجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعة واحدة أما إذا كان في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتد على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعند هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك أنه إذا دفع المرتد أرضاً إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الأرض زرعاً ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحقه بدار الحرب فهذا على وجهين إما أن دفع الأرض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لأن مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصبح أصلاً فصارك أن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حيا وبذره أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه مغصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر أن كانت الأرض تقصتها المزارعة فعليها ضمان التقصان لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما ورائه قدر البذر وقصان الأرض لأنه حصل بسبب خيبت فكان سبيله التصديق وإن كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعدما استحصد لأنه لما أسلم تبين أن المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فإن مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وإن دفع إليه الأرض دون البذر فالخارج له أيضاً لأنه لما ظهر أنه لما لم تصبح المزارعة صار كأنه غصب أرضاً وبذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا إلا أنه يأخذ من ذلك قدر بذره وتفقته وضمان التقصان إن كانت المزارعة تقصتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وإن كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه ضمان الأرض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرناه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها المزارعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان إن انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت والخلق ليس لمكان انعدام أهليته لأن الردة لا تنافي لانعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمارة الاستغناء بالردة لأن الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغنى عن ماله فيثبت التعلق بنظر الهم ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في إبطاله ليصل إليهم شيء فأشبهه العبد المحجور إذا أجز نفسه وسلم من العمل أنه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لأن الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الإبطال كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها تقصت المزارعة الأرض أو لم تنقصها كما ذكرنا في الوجه الأول وعلى قولهما فالخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لأن تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا إذا

دفع مرتد أرضه من أجرة إلى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه من أجرة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فان دفعهما جميعا من أجرة فعلم المرتد فأخرجت الأرض زرا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بخلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين رده بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد هنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بإبقاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الأرض دون البذر فعلم المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرا ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة أن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الأرض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ من أجرته فكان الخارج حادئا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب رده وكسب الردة في عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالخاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذا المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بخلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتد أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بخلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها فاعا واحدا أبالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها فاعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

**(فصل)** وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الأمر إليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس **(فصل)** وأما الذي يرجع إلى المزرع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد من أجرة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

**(فصل)** وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأشياء منها أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استعجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لها حق لو شرط أن يكون الخارج لاحدا مما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرط أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استعجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والرابع ونحوه لان ترك التقدير يؤدي إلى الجحالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجسلة حتى لو شرط لاحد مما قلنا معلومة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلا أن الاجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض وهو نماء بذره فكانت المزارعة استعجارا للعامل واما للأرض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لا احتمال أن الارض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأشاً لعاو شرط معه زيادة أقفزة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تخرج لارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لآعين البذر لأن عينه تهلك في التراب وهذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح (فأما) المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا شرط ما على الماذيات والسواقي لا يصح العقد لأن ما على الماذيات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي أنهم كانوا يشترون في عقد المزارعة لأحدهما ما على الماذيات والسواقي فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية بطله

**فصل** وأما الذي يرجع الى المزرع وفيه وهو الارض فأشأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو زرة لا يجوز العقد لأن المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والزرة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي الى المنازعة ولودفع الارض مزارعة على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعير فكذا يفسد العقد لأن المزرع وفيه مجهول لأن كلمة من للتبعض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً لأن التنصيص على التبعض تنصيص على التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيراً فكذا اجاز لأنه جعل الارض كلها ظرفاً لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانه عدم التجهيل ولو قال على أن يزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جائز وهذا مشكل لأن المزرع وفيه من الارض مجهول فأشبه ما اذا قال مازرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيراً فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه أن يزرع حنطة فكذا وان يزرع شعيراً فكذا وان يزرع سمسماً فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزرع وفيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لأنه فوض الاختيار اليه فأى ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلاً كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً اجاز لأنه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيراً اجاز فاذ زرع البعض حنطة والبعض شعيراً أولى (ومنها) أن تكون الارض مسالمة الى العامل محلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعاً لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لأنه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضاً وذرأوا بقرأعلى أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبد الثلث فهو جائز على ما اشترط لأن صاحب الارض صار مستأجر للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطاً على نفسه لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لأنه يصير مستأجراً للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وكذا

لا يصح على ما ذكره ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما ذكره في موضعه وكذلك لو كان شرط عمل رب الأرض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

**فصل** ﴿ وأما الذي يرجع الى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الأرض وإما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الأرض يصير مستأجر للعامل وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للأرض وإذا اجتمع في الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة لصحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

**فصل** ﴿ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الأرض والبذر والبقر والا لة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الأرض يصير مستأجر للعامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجر للأرض لا غير ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الأرض والبذر من جانب والبقر والا لة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لا غير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابل به شيء من الاجرة بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابل به شيء من العمل كمن استأجر خياطا فباطرة نفسه جاز ولا يقابلها شيء من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جارا يجرى الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل جيد والا وصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الأرض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الأرض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الأرض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجر للأرض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الأرض ومنفعة العامل والثاني أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالف القياس لان الاجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الآلة تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والأرض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البذر يصير مستأجر للأرض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبي يوسف في هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الافراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الافراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتروا على عهد رسول الله



صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم من أراعتهم وعلى قياس ما روى عن أبي يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجراً صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه مفسد (ومنها) أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقير من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شئ فثلثه لصاحب الأرض وثلثاه لصاحب البذر والبقير وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني ويكون ثلث الخراج لصاحب الأرض وثلثاه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله وكان ينبغي أن تفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول وإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجار الأرض لا غير وأنه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعاً وأنه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهران جهة الضحية وجهة الفساد خصوصاً في حق شخصين فيكون صحيحاً في حق أحدهما فاسداً في حق الآخر ولو كان البذر في هذه المسئلة من صاحب الأرض سحت المزارعة في حق الكل والخراج بينهم على الشرط لأن صاحب الأرض في هذه الصورة يعتبر مستأجراً للعاملين جميعاً والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد وإذا صح العقد كان الخراج على الشرط

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعا فإن جعل مقصوداً في العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصبح المزارعة إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار ببعض الخراج ولا تصبح إلا جارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصبح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخراج فكانت اجارة بمنزلة المزارعة إلا أنها جازت في الاستحسان للعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فتفاوت حتى أنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سلامة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كما في المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخراج لا أحدهما لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لأن فيه جعل منفعة البقر معقوداً عليها مقصودة في باب المزارعة ولا سبيل إليه (ومنها) شرط العمل والأرض جميعاً من جانب واحد لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في القصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لأنه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه إلا لا يتعلق به صلاحه والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تنافيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع أن ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تنافيه الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخراج لأنه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضاً مزارعة وفيها زرع قد استحصده لا يجوز أن لا يقضاء وقت عمل المزارعة إذا عمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيد وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لا حراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبي يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلامة من مشايخ خراسان والجداذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) في ظاهر الرواية فلا يشك وأما على رواية أبي يوسف فلا نعدم التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمع على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لانه لا يكون البذر من قبله وجملة ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه أما ان شرط أن يكون التبن بينهما وأما ان سكتا عنه وأما ان شرط أن يكون لاحد هما دون الآخر فان شرط أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة في الخراج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما وذكرا الطحاوي ان محمد أرجع الى قول أبي يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه بذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبي يوسف ان كل واحد منهما أعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب واذما فسد بالاجماع فكذا هذا وان شرط أن يكون لاحد هما دون الآخر فان شرطه لصاحب البذر جازو يكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكدا وان شرطه لمن لا بذره ففسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذره من قبله بمنزلة شرط كون الحب له واذما فسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين (أما) ان شرطه في العقد وأما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين أما ان شرطه مطلقا عن صفة التثنية وأما ان شرطه مقيد بأهافان شرطه مطلقا عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجهه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطه مع التثنية ففسدت المزارعة لان التثنية إما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكر وبه وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة وأما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولودفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكرا بفله الثلث وان كرها وثنا فله النصف فهو جائز على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي أن يفسد هذا الشرط واذما عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صحوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكرا وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرط كذا ذكر في الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الاول

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع ان العقد تناوله وقد بنيه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقة وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخراج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء لواحد منهما الا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيئاً والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد الخراج فلا يجب شيء والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخراج فانعدام الخراج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذراً أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يتمتع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضى في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه اذا انسا ان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى ايهم اتلاف ملكهم فكان الشروع في حقهم ملزماً ولا يفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكن بها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما ذكره في حكم المزارعة المنسوخة ان شاء الله تعالى ومنها ولا يجبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرط الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاً يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعاً معتاداً يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلاً أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفى بماء السماء ويخرج زرعاً معتاداً بدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتفى به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخراج والخط جاز في الحالين جميعاً كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والخط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعدما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعدما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض لا يجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشأ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضاً بخلاف الفصل الاول

﴿فصل﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك ولا يلزمه التصديق بشيء لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجر للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه رب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجر للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك له لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبيث فكان سبيله التصديق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجارة الفاسدة لا تجب بالبحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجازات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم يخرج الارض شيئا بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذ لم يخرج شيئا لا يجب شيء لو احدهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجارة وهو حصص كل واحد منهما مساوية في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البديل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لقوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البديل الاصل للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البديل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغاما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البديل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ماضى بالزيادة على المسمى والا أجر ماضى بالتقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البديل مسمى في العقد لان البديل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

**فصل** وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين القادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضى في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضى الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانيين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المثل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع بردا الى الحبس ثانيا لبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه والافيع القاضى عليه (وأما) الثاني الذي يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا ينفى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره وما منع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الاجارة

**فصل** (وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فتوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى في العقد بان قال لأريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخا منه دلالة والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لقوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف مملكته وهو البذر فله أن ينفسخ ما لا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهى الاب الصبي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهي عن الزراعة والفسخ بعدهما من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهت العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصل فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا ضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حدا الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا

**فصل** (وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول والله التوفيق لا يخول من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة فلا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنجات بأي طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه لا في الماضي فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخراج ولم يوجد فلا شيء وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التعزير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخراج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل لا في الماضي فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقي الى وقت الحصاد

عليهما لانه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض لأن العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الأرض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما إذا مات صاحب الأرض والمزارع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لأن هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب انفساخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الأرض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقاء العقد تقديرا فإذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحد هما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بطلا لم يكن له ذلك لأن فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بطلا فصاحب الأرض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء اتفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لأن فيه رعاية الجانبين (وأما) في موت أحد المتعاقدين أما إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بطلا تترك الأرض في يدي المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لأن في الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الأرض فلا امر الى ورثة المزارع لأن في القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لأجر للورثة فيما يعملون لأنهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكانه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لأن العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقينا به باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركاً فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الأرض قدر حصصهم من الزرع البقل أو ينق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصصهم لأن فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

### ﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خبيرانه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم بمعاملة ولاي حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخارج وانه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خبير فلا تعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يميزها فاذكرنا في كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين في قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نساء ملكه وللاخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتد دفعا واحداً

بالإجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فإن كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وإن كان قد تنهى عظمه إلا أنه لم يربط بالمعاملة فاسدة لأنه إذا تنهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرط أن يكون لأحدهما فسدت لماعلم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لماعلم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة (ومنها) التسليم إلى العامل وهو التخلية حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تنخرج في أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لأن ترك البيان يؤدي إلى الجهالة كما في المزارعة إلا أنه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى أنه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتي محمد بن مسلمة على ما مر في المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة ثابتة ولم يسم المدة فإن كان شيئا ليس لا ابتداء نباته ولا لا انتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وإن كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذوة الأولى كما في الشجرة المثمرة

**فصل** وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأشنع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد لأن ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للفساد (منها) شرط كون الخارج كله لأحدهما (ومنها) شرط أن يكون لأحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الأرض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بخلاف لأنه ليس من المعاملة في شيء ولا انعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ما كيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعتة بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الأشجار وتقليم الأرض وما أشبه ذلك لأنه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات العقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لأن العامل أجير رب الأرض واستئجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى أن النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثة للشريك العامل وثلثة للشريك الساكن فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه إلا جبر شريك المستأجر وإذا عمل لا يستحق الأجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لأن الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج أنه تجوز المزارعة لأن هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء إلا جبر فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لبثت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لأنه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرط أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لأن استحقاق كل واحد منهما أعني من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكن الشريك العامل أن يشتري ما يلحق به النخل فاشتراه رجوع عليه بنصف ثمنه لأنه اشتري مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله إلى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لأحدهما فضلا لأن كل واحد منهما أجير صاحب الأرض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيقدر الشرط ولو شرط لأحد العاملين مائة درهم على رب الأرض والآخر ثلث الخارج ولرب الأرض الثلثان جاز لأن الواجب لكل واحد منهما أجره مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرط لصاحب النخل الثلث ولا أحد العاملين الثلثين وللا آخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة أن من دفع الأرض مزارعة على أن لرب الأرض الثلث وللزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج أن المزارعة جائزة بين رب الأرض والمزارع فاسدة في حق الثالث لأن المعاملة استعجار العامل والاجر تجب على المستأجر دون الاجير بمقالة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لا انه صح فيما بين صاحب الأرض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففسداً أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

**فصل** وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجزها فأشأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من نوابع العقود عليه فيتناولها العقد وكما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقة وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيقتيهما لان العقد يتناولها لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لواحدهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقدر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والخط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والخط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والمثلن فاذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمران لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الأرض شيئا ولا يجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئا لان هذه الزيادة في الاجرة لان العامل أجير والحمل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الخط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الأرض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصيح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رأس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تقويت يد المالك ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقي متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقي عمله مضافا اليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لانه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشيء لانه عمل بأمر الاول فلورجع عليه لرجوعه عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلث



الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوماً وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاماً وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاماً بلا خلاف وقد مرّت المسئلة في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخها فاذ ذكرنا في كتاب المزارعة ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف

﴿فصل﴾ وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

### كتاب الشرب

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعاً وفي بيان أنواع المياه وفي بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالنفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي وأما بيان أنواع المياه فتقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التي تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحاً في الاصل لكن المباح ملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكاً لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة في الظروف به جرت العادة في الامصار وفي سائر الاعصار من غير تكبير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فتمعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلاً لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فلم يمنع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابه بمخضبة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فتمعه وهو لا يجد غيره وأما الثاني الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء في الاصل خلق مباحاً لقول النبي عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضي الاباحة الا أنه اذا جعل في اناه وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما في سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل ماؤها الذي يخرج منها فلهم ان يسقوا منها لشعاعهم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما في الاطلاق من ابطال حقه أصلاً الا اذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يدفع به الهلاك عنهم والا صل فيه ما روى أن قوما وردوا ماء ففسأوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلو فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا فذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال هلا وضعت فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز في الاواني والطعام حالة المحضه لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذي يكون في الانهار التي تكون لا قوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذي يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقني يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً وأجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تملك المنفعة لا تملك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً أو بئر ليسقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليعيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تتحمل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والاشجار لان له فيه حقاً خاصاً وفي اطلاق السقي ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه زرعاً وأشجاره فيبطل حقه أصلاً ولو أذن بالسقي والنهر خاص له جازلانه ابطال حق نفسه وأما الذي يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفرداً بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقي والحقوق لا تتحمل الا افراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشيء تبعاً لغيره وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب في بيع الارض الا بالتسمية صريحاً أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعثا بحقوقها أو بمراقبها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيئاً من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته منفرداً لان الحقوق لا تتحمل الاجارة على الافراد كما لا تتحمل البيع وكذا الوجه له أجره في اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة في باب الاجارة كالتمن في باب البيع وانه لا يصلح تمن في البياعات فلا يصلح أجره في الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة العقود عليه عقد آفيلزمه أجره المثل كما في سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلاً فالتقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما في البيع وفي الاستحسان كانه لا يدخل تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الا تنافع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تملك العين والعين تحتل الملك بدونه ولا يجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تملك والحقوق المفردة لا تحتل التملك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفول اذ كثرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجراح الدية وارش الجنانية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج المثل لان النكاح تصرف تملك وأنه لا يحتل التملك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصل وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في معرض التملك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فن حيث انه لم يحتل التملك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البديل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل ثبت في حق المال كما ثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تملكها لكنها تملك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لم يحتل التملك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لاحد منهما تحكم الاراضي فيكون الشرب بينهم على قدر اراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود اذا المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب مالم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه روبة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحي أو دالية أو سانية نظرية فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الارضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فلا يصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقيين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهر أصغر آمن النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحيائها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحدا أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحي فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحي على سببه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركاً وتقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقهم اليهم بالتعريض كما اذا حفر نهر في أرضه وأراد أن يرجع الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد  
 أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم  
 لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر  
 الا عظم ولا حد الشر يكتن في أرض في أعلى النهر ولا آخر أرض في أسفله فأراد صاحب الأرض أن يسد شيئا من تلك  
 الكوى لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر  
 عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يهايا حتى يسد في حصته ما شاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان  
 تراضيا على ذلك زمانا ثم بدلا صاحب الأسفل أن ينقض فله ذلك لأن المراضاة على ما لا يحتمل التملك تكون  
 مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أحدهما كوة وحفر نهر آمنه الى أرضه  
 برضا منهما ومضى على ذلك زمان ثم بدلا الجديهما أن ينقض فله ذلك لأن العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات  
 لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر  
 فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الأسفل لصاحب الأعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم  
 لأن دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهايأة بأمام معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء  
 والنهر على خاله لأن ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه  
 يدخل فيها الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز لأن الكوى  
 من حقوق النهر فيملكه ملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم  
 تخافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عما يجيرون على أن يحصنوه بالحصص وان  
 لم يكن فيه ضرر عما لا يجيرون عليه لأن الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التخصيص من باب دفع  
 الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتخصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع  
 بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الأرض والنهر في مسنة فالمسنة  
 لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله أنه أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبي يوسف ومحمد  
 المسنة لصاحب النهر حر بما لنهره وله أن يغرس فيها ويلقى طينه ويحتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر  
 والأرض حائل من حائط ونحوه كانت المسنة لصاحب النهر بالاجماع وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على  
 أن النهر هل له حریم أم لا بأن حفر رجل نهر في أرض موات باذن الامام عند أبي حنيفة لا حریم له وعندهما له حریم  
 (ووجهه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حریم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهد صاحب الأرض فكان القول  
 قوله ولما كان له حریم عندهما كان الظاهر شاهد صاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححو البناء وقالوا  
 لا خلاف أن للنهر حریم في أرض الموات لأن للبئر والعين حریم فيهما بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام  
 انه جعل لهما حریم بالحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع بهما بدون الحفر لأن حاجة النهر الى الحریم كحاجة البئر والعين  
 بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حریم بجعل النهر من طريق الأولى دل أن البناء على هذا الأصل غير  
 صحيح فكان هذا خلافا مبتدأ (وجهه) قولهما انه لما كان للنهر حریم بالاتفاق كان الظاهر شاهد صاحب النهر  
 فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا  
 ولا يحرى حنيفة أن المسنة اذا كانت مستوية بالأرض فالظاهر انها ملك صاحب الأرض اذ لو كانت حریم بالنهر  
 لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهد لصاحب الأرض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب  
 النهر بها وفي الهدم ابطاله ويجوز أن يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط لا تسن عليه جذوع  
 لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة في الكرى

شيء لأن هذا من حقوق الملك ولا ملك لأهل الشفة في رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط  
واختلف في كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكرأ من أعلاه وإذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان  
الكرى على من بقي وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بمحصص الشرب والاراضي حتى  
أن النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيتهم عليه لاخر كرى فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم  
على كل واحد منهم العشر فإذا جاوزوا شرب الأول سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على تسعة أسهم فإذا جاوزوا  
شرب الثاني سقط عنه الكرى وكان على الباقيين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبي حنيفة (وأما) عندهما  
فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله (وجهه) قول أبي حنيفة أن الكرى من حقوق الملك والملك  
في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب  
الأعلى فيه إنما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت  
مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شيء على أهل الشفة لأن الملك لأصحاب النهر ولا أهل الشفة حق الشرب وسقي  
دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما)  
الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لأحد حق خاص  
فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى  
أرضه بأن أحيا أرضاً ميتة بأذن الإمام له أن يشق إليها نهر من هذه الأنهار وليس للإمام ولا لأحد منعه إذا لم يضر  
بالنهر وكذلك أن ينصب عليه رحي ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت  
الاختصاص بها لأحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشرطة عدم  
الضرر بالنهر كالاتفاق بطريق العامة وإن أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا أنه حق لعامة المسلمين  
واباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الأعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو  
نهر عظيم أحيا رجل أرضاً كانت مواتاً ففرضها نهرافوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء إليها من ذلك  
النهر فقال أبو يوسف إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك وإن كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن  
يمنعوا ما قلنا وسئل أيضاً إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها فقال إن زاد في ملكه وذلك  
لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له  
ذلك وإن كان لا يضر بالنهر (وجهه) الفرق أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة  
التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشرطة الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة  
الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمة على الضرر بالملك هو الفرق ولو جزماء هذه الأنهار عن  
أرض فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه لأنه محتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه ولا يجدها إليه سبيلاً فيحمل على  
جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله  
ذلك ويملكه إذا أحياها بأذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكرى فعلى  
السلطان كراه من بيت المال لأن منفعتها العامة للمسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام  
أخرج بالضمأن وكذا لو خيف منها الفرق فعلى السلطان إصلاح مسناتهم من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الاراضي

الكلام في موضعين في بيان أنواع الاراضي وفي بيان حكم كل نوع منها (أما) الأول فالاراضي في الاصل  
نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضاً نوع هو من

مرافق البلدة محتطابهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مراقبتها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلاخراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستبراء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فكيف حكم اللقطة يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلا الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحبه الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار والكلا اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء الحرز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضيء دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاضطلاع بها لان النبي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجرف فليس بنا وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يحده في موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذي في الابار والعيون والحياض التي في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولودخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تختمل الاجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب والجواب في الكلا في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفسه الحظر لوجود الاستيلاء وثابت اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت في أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للاخذ لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له وكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له ملكا له يسترده من الاخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والاخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجأ الى أرض رجل أو دره فهو للاخذ لقلنا ولورد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لنا نصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كن أرسل بازي انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو غري كلبا لا انسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمفرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فخاء صيد فتعقل به فهو للاخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للنهي كتناسب له (فاما) نصب الفسطاط فموضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوق وقع فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو للاخذ لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة ( واما ) الآجام المملوكة في حكم القصب والخطب فليس لاحد أن يحتطب من أجمة رجل الاباذنه لان الخطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه الانبات أصلاً بخلاف الكلا في المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والخطب فكان ذلك مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها ( فاما ) الكلا فغير مقصود من المروج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو أن بقارا رعى بقرافى أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك رهوضا من لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الاجمة القصب والخطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلا في المروج لانه ثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والخطب يملكان بملك الارض والكلا لا ( واما ) ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقنطرة والقصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكا لصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتسابا له فيملكه ولان الاصل أن يكون من المملوك مملوكا لان الاباحة في بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد به في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها ( واما ) أرض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الارض الموات وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه اذا ملك ( اما ) الاول فالارض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا حقاله خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلاً وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطبا بها لاهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كنفاء دارهم وفي الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفي الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنأدى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر مأوؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن البلدة أو قريب منها ( واما ) بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككسرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فله مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لا بلاء الا عذار فاذا أمسكتها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود الى حالها مواتا وكان للامام أن يعطيها غيره ( واما ) بيان ما يثبت به الملك في الموات ومالا يثبت ويثبت به الحق فالملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط ( وجهه ) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيي من غير شرط اذن الامام ولانه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو وحشا كلاً وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تثبت عروق أشجار انسان في أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلمها حشيشاً ولا ي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للسوء الاماطات به نفس امامه فاذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بالحقف والليل والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن في يد أهل الحرب لحاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرماً ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجب به فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلاً فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب السير أو يحتمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل وملك الذي بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حذر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها ير يد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعمه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة قال النبي عليه الصلاة والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعمه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الا امام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحريم والثاني الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحريم والثاني في قدره (أما) أصله فلا خلاف في أن من حفر بئر في أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حريمه له أن يمنعه لان النبي عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريماً وكذلك العين لها حريم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريماً (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً بالاجماع نطقت به السنة قال النبي عليه الصلاة والسلام وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أربعون ذراعاً وعندهما ستون ذراعاً احتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً (وجه) قول أبي حنيفة أن الملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحريم وكذا اذن الامام يتناول الحريم مقصوداً الا أن دخول الحريم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع بارعين ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية ذلك (وأما) حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره فعند أبي يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر اذا حفر في أرض الموات فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حريماً بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثاني حكم الوظيفة فان أحياءها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرة وان كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد ان أحياءها بماء العشر فهي عشرة وان أحياءها بماء الخراج فهي خراجية وان أحياءها ذى فهي خراجية كيف ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم



﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله (أما) الأول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿ فصل ﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة أنه تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يرث ماله ولا تبين أمره أنه كانه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كانه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لبقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الإثبات واستصحبنا الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم بمحتمل أنه حي وبمحتمل أنه ميت وهذا يمنع التوارث والبنونة لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين أمره أنه وإن كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والأثر من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البنونة على الأصل المهور في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى أن من هلك وترك ابنا مفقودا وابننتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فإن القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله لأنه إن كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وإن كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين في دفع ذلك إليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان إليهما والباقي لابن الابن وكذا الوأوصى له بشئ يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فإذ يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لأنه مال لا حافظ له لمعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كي يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يده مودعه ومضاربه ليحفظه لأن يدهما يدنيان به عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة إلى حفظ القاضي ومنها أنه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجة لأن الاتفاق عليها أحياءها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها أنه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء الزماني من الذكور والفقيرات من الإناث سواء كن زمني أو لا وعلى والديه المحتاجين إن كان عالما بالنسب لأن ثقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية أحياءهم وأحياء نفسه واجب فكذا أحياء جزئته وكله فكان الاتفاق عليهم من ماله أحياءهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وإن لم يعلم القاضي بالزوجة والنسب فأحضر رجلا في يده مال ودعيه للمفقود ومضاربة أو عليه دين له فآقر الرجل بذلك وبالزوجة والنسب أئق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فإذا أقر أن هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الأخذ وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ وهذا قول أصحاب الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق أمره أنه أو

كان اعطاهم النفقة معجلة هذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعاً أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا اخصاء عن الغائب في اثبات الزوجية وإيجاب النفقة عليه وكذا الا ولادوا والودون والمرأة ليسوا اخصاء للغائب في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيئاً فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الا ترى انهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم في أخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الاتفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضاء ليس للقاضي ان ينفق منه ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعماً أو ثياباً من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الاتفاق الا بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الاتفاق فافتقر الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بعبارة صورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير اذن القاضي بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امراته ويصير ماله ميراثاً لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل انه فقد رجل بصفين أو بالجل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاته أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

### ﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفاً وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الاحكام أما في اللغة فهو فاعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخذ فيرفع وأما في العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه اني أراي أعصر حمراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمي العنب حمراً والحي الذي يحتمل الموت ميتاً باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في النسب أما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حراً ولان الاصل هو الحرية في بني آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر  
 الباعث على الحراب فيجب العمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الأحرار من أهلية  
 الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الأحكام المختصة بالأحرار إلا أنه  
 لا يحد قاذف أمه لأن احضان المذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احضانها لانعقاد القذف عليه  
 لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره أنه عبده لا يسمع منه إلا بيينة لأن حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا  
 يقدر على إبطال هذا الظاهر إلا بدليل ولو بلغ فأقر أنه عبده فلا نظر في ذلك أن كان لم يجبر عليه شيء من أحكام الأحرار  
 بعدم قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه أصبح اقراره لا لم تعرف حرته إلا بظاهر الحال فإذا أقر بالرق  
 فالظاهر أنه لا يقر على نفسه بالرق كاذباً أصبح اقراره إلا أنه لا يعتبر في إبطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة  
 والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنسخ وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في  
 أحد قوليه ينسخ (وجهه) قوله أنه لما أقر بالرق فقد ظهر أنه كان رقيقاً وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما إذا قامت البيينة  
 على رقه ولنا أن هذا اقرار تضمن إبطال حق الغير لأن حرته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير  
 لما عرف أن الأقرار تصرف على نفس المقر فإذا تضمن إبطال حقة حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك  
 الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد أنسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا  
 كذا هذا والاستدلال بالبيينة غير سديد لأن الشاهد غير متهمم في شهادته على غيره فالما المقر في اقراره على غيره فتمهم فهو  
 الفرق وإن كان قد أجرى عليه شيء من ذلك لا يصبح اقراره لأنه إذا أجرى عليه شيء من أحكام الأحرار فقد ظهرت  
 حرته عند الناس كافة فظهر أنه حر الأصل فلا يملك إبطالها بالأقرار بالرق وأما حاله في الإسلام والكفر فإن وجده  
 مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم يكون مسلماً حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر  
 المسلمين وإن وجده ذمى في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً تحكيماً للظاهر كما إذا وجده مسلم في بيعة  
 أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذمياً ولو وجده ذمى في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرىهم  
 يكون مسلماً كذا ذكر في كتاب اللقيط من الأصل واعتبر المكان وروى ابن سماعه عن محمد أنه اعتبر حال الواجد  
 من كونه مسلماً أو ذمياً وفي كتاب الدعوى اعتبر الإسلام إلى أيهما نسب إلى الواجد وإلى المكان والصحيح رواية  
 هذا الكتاب لأن الموجود في مكان هو في أيدي أهل الإسلام وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد المسلم  
 وتصرفه يكون مسلماً ظاهراً والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو  
 في يد الذمى وتصرفه يكون ذمياً ظاهراً فكان اعتبار المكان أولى فإن وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ  
 كافراً يجبر على الإسلام ولكن لا يقتل لأنه لم يعرف إسلامه حقيقة وانما حكمه تبعاً للدار فلم تتحقق ردة فلا يقتل  
 وأما حاله في النسب فهو أنه محمول النسب حتى لو ادعى أنسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه  
 لما علم في كتاب الدعوى وأما الأحكام المتعلقة به فأنواع منها أن التقاطه أمر مندوب إليه لما روي أن رجلاً  
 أتى سيدنا علياً رضي الله عنه بليقطة فقال هو حر ولأن كون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إلى من  
 كذا وكذا أعد جملة من أعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير  
 على المبالغة في الندب إليه ولأنه نفس لا حافظ لها بل هي في مضیعة فكان التقاطها أحياء لها معنى وقد قال الله تعالى  
 ومن أحياءها فكأنما أحياء الناس جميعاً ومنها أن الملتقط أولى بأمره من غيره حتى لا يكون لغيره أن يأخذه منه لأنه  
 هو الذي أحياءه بالتقاطه ومن أحياء أرضاً ميتة فهي له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه مباح إلا خذ سبقت  
 يد الملتقط إليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها أن تقتنه من بيت المال لأن ولأه  
 له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لأن الظاهر أنه ماله فيكون له

كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الاتفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو اتفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بشراذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله ليبت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام اخراج بالضمان ومنها ان ولأه له بيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يولى من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يولى أحدا لان العقد يلزم بالعقل على ما ذكر في كتاب الدييات ان شاء الله تعالى لما علم في الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له والحال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه في صناعة ويؤجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضمة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا بينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى امر اجاز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخير بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والترزية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يتفق على البينة وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصورا تفصلا أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفع اللقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم بإسلامه وبإسلام أمه وان كان الأب كافرا هذا اذا أقر الذي انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا مهمة في الشهادة لما سر ولو ادعى عبدا انه ابنه محبت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حرا الماذكر نافي دعوى الذي لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي ولو ادعاه رجلا انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه نفع اللقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه نفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبر أعن أهل تلك المرأة ان كان قيصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قيصه قد من در فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قيصه قد من در قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة بحكم يكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البيعة فهو أولى به وان أقام جميعا البيعة بحكم يكونه ابنا لهما لا نه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا انه قال انه ابنيهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البيعة روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعي رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنا فان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة أو قامت البيعة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره في كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احدهما البيعة فهي أولى به وان أقامت جميعا فهو ابنيهما عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان في رواية أبي حفص يجعل ابنيهما في رواية أبي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

سورة البقرة

### كتاب اللقطة

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان أنواعها وفي بيان أحوالها وفي بيان ما يصنع بها أما الاول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لا نه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

فصل في بيان أحوالها ومنها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فأخذها صاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحباً والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها صاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير مازم والامتناع من حفظ غير مازم لا يكون تضييعا كالا امتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الا ضال والمراد أن يضمها الى نفسه لا جل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى النهب وكذلك القطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها خذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعهما حتى يلقاها ربهما نهي عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعيرا بالحرّة فعرّفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلني عن ضيعتي فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحباً وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبها قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربهما وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لا خيك أول الذب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا في الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذب على الغنم اذا لم يلقها ربهما عادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذي

ذكرنا حال ما قبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي أمانة وفي حال هي مضمونة أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه لأن المأخوذ لنفسه مفعوب وهذا لا خلاف فيه وإنما الخلاف في شيء آخر وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان أما بالتصديق أو بالشهاد عند أي حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وإن لم يشهد لأن جهة الأمانة قد ثبتت بصدقه وإن كذبه في ذلك فكذلك عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبي حنيفة فإن أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وإن لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لأنه أقر بالغصب والمفعوب مضمون على الغاصب وجه قوله ما أن الظاهر أنه أخذها لنفسه لأن الشرع إنما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان أقدامه على الاخذ دليل على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهد له فكان القول قوله ولكن مع الخلاف لأن القول قول الأمين مع اليمين ولا يبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لجوب الضمان في الأصل لأنه إذا كان الاخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً وذلك إنما يعرف بالشهاد فإذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الأصل والثاني أن الأصل أن عمل كل إنسان له لاغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وقوله تعالى لهما كسبت وعليهما ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لجوب الضمان لأنه غصب وإنما يعرف الاخذ لصاحبها بالشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد في الموطأ وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها بضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعي رحمه الله بضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ المترم فاشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلاً وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقدره بالرد إلى مكانها فارتد وجعل كأنه لم يكن هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فضاقت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أي حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم نفسير الأشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بسمع من الناس أني التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شيء فمن رأيتموه يسأل شيئاً فدلوه على فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلك كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وإن كان عنده عشر لقطات لأن اسم الشيء واللقطة منكر أن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس إذ المقصود من التعريف إيصال الحق إلى المستحق ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهاداً على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك لأنه ظهر أنه أخذها غصباً فكان الواجب عليه الرد إلى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردده فإذا عجز عن رد العين يجب عليه بدنها كإيفاء الغصب وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها إلى مكانها الذي أخذها منه فكما حكم اللقطة لأن هذا أحد نوعي اللقطة وقد روي في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي

الله عنه أنه قال لو أجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

**فصل** وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فانه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولاً حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما فقال اني وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم يقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة باختلاف قدر اللقطة ان كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً وان كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهراً وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دقاناً ونحوه عرفه يوماً وان كان تمر أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لانها مجمع للناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع الى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جاء صاحبها وقام البيعة انهما ملكة أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقم البيعة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع اليه وان شاء أخذ منه كفيلاً لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز محبيء آخر فيدعيها ويقم البيعة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله اذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وان كان غنياً وتكون قرضاً عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأل عن اللقطة عرفها حولاً فان جاء صاحبها والافشأ بك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل ان الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل للقط فن التلط شيئاً فليعرفه سنة فان جاء صاحبها فليردها عليه وان لم يأت فليصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفي الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة للفقير دون الغنى وان الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز الا للضرورة ولا ضرورة اذا كان غنياً وأما الحديث فلا حجة فيه لان قوله عليه الصلاة والسلام فشاؤك بها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شأنه المعهود باللقط الى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضمن الملتقط أو الفقير ان وجدته لان التصديق كان موقوفاً على اجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وان كان فقيراً فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء أثقها على نفسه فاذا جاء صاحبها أخيره بين الاجر وبين ان يضمها له على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد أي لمعرف فالمنشد المعروف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة في الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا

للتعريف وهذا حال كل لقطة إلا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين  
أن ذلك لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فإن اتفق عليها بامر  
القاضي يكون ديناً على مالكها وإن اتفق بغير إذنه يكون متطوعاً فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك فإن  
كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره أن يؤجرها وينفق عليها من أجرها نظراً للمالك وإن  
كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة وخشى أن لو اتفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها  
وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وإن رأى الصالح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره أن ينفق عليها لكن نفقة  
لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما  
يحبس المبيع بالثمن وإن أبي أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أتفق والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

### كتاب الأباقي

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الأباقي وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع به وفي بيان حكم ماله  
(أما) الأول فالأباقي اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الأخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله  
في كتاب اللقطة

**فصل** وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ الأباقي لصاحبه فإن شاء الأخذ أمسكه على صاحبه  
حتى يحبس فيأخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فردّه عليه فإن أمسكه فجاء إنسان وادّعى أنه عبده فإن أقام البينة  
دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً إن شاء لجواز أن يحبس آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وإن لم يكن له بينة  
ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضاً لأنه ادّعى شيئاً لا ينافي فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلاً إن شاء لما قلنا  
وما أتفق عليه فإن كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والأب لا يكون متطوعاً فإن طالّت المدة ولم يحبس له  
طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لأن ذلك حفظ له معنى فإن باعه وأخذ ثمنه ثم جاء إنسان وأقام  
البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لأنه من باب  
حفظ ماله إذ لو لم يبيع لانت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضي  
يملك مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض  
البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال ثم إذا جاء صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه  
إن باعه لأن الاتفاق عليه إحياء ماله فيكون عليه وإذا جاء بالأباقي له أن يمسكه بالجعل لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل  
على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن  
يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب  
القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه  
المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي

**فصل** وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحقاقاً والكلام في الجعل في مواضع في بيان  
أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل  
الاستحقاق فثبت عندنا استحقاقاً والقياس أن لا يثبت أصلاً كما لا يثبت رد الضالة وقال الشافعي رحمه الله ثبت  
بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الأخذ الجعل على المالك وجب والأب لا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد  
مال الغير عليه محتسباً فلا يستحق الجعل إلا إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام  
المسلمون عند شروطهم (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمر والشيباني أنه قال كنت قاعداً عند عبد الله



ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بآبق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجر فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلان شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا ن جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع لأنه لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الاخذ والرد عليه مجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعل يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا لاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعى المألوفة فيمكن الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب

**فصل** وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فبات أو آبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للاول لانه لما آبق من يده فقد انقضى ذلك السبب أو بقي ذلك سببا محضالا لعدم شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا يحكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحد فلهما جعل واحد بينهما نصفان لا اشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بأرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لماذا كرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمترهن هذا اذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند أبي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذ اقامات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فاق شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجني به من مسيرة ثلاثة أيام مثالا في حال حياة المالك على قصد الرد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجد حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولا به قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لماذا كرنا أن المجني به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل بردا الآبق الموهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المترهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغاً أو صبياً حراً أو عبداً لان الصبي من أهل استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبيا لانه اذا كان في عياله كان الردمه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والا صل أن الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن بردا آبق ابيه والزوج بردا آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا في عياله لانه لان الابن وان لم يكن في عيال أبيه فالردمه بحري مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا الواستأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راداً عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملاً لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذ ارد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بها لعادته وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذ ارد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجني الذي في عياله لا جعل له فالقربة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افرق الامران وعلى هذا سائر ذوى الارحام من الاخ والعمة والخال وغيرهم ان اراد ان كان في عياله المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذ ارد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذ ارد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناولوا له مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لى حراً بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل لمعلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز شسبه بالآباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلهما يكفان مالا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقدمات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقدمات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد المرقوق أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة ارد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عز وجل أعلم

**فصل** وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أر بعون درهمين وان من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أقل منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاماً وان كانت قيمة العبد درهماً واحداً واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أر بعين درهماً اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب لمعلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبر الرأس دون القيمة لانه ان كان يصاب من وجه يضييع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع وترك الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيداً والحديث محمول على ماذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أر بعين درهماً توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

### ﴿ كتاب السباق ﴾

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه (أما) الأول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتني فكذا ويسمى أيضاً هانافاً من ارهن

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فأشياء (منها) أن يكون في الأنواع الاربعه الخافر والخف والنصل والقدم لا في غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل الا انه يزيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها ففيها وراءه بقى على أصل النفي ولا نه لعب واللعب حرام في الأصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعاً لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذا لا استثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقرة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعته يوم في ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رموا شيئاً أو أرادوا رفع شيء وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت سابت النبي عليه الصلاة والسلام فسبقت فلبس حلت اللحم سا بقتة فسبقتني فقلت هذا ابتلك فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة فكانت لعباً بصورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزاً اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعباً لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهرة الداعية الى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الاشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محلاً حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعاً ولم يدخل فيه محلاً لا يجوز لانه في معنى القمار نحو أن يقول أحد هما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحد هما لصاحبه ان سبقتني فلك على كذا وان سبقتك فلا شيء عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريم على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بما له نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام وبل أولى لان هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما غيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا الجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن ادخل فيه محلاً بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرماً شيئاً فهذا مما لا بأس به أيضاً وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكافله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريم على استعداد أسباب الجهاد خصوصاً من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرص واحداً من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولاً فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا وبل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعه حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالباً لا يجوز لان معنى التحريم في هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثاً ولعباً والله تعالى أعلم

### كتاب الوديعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعك هذا الشيء أو أحفظ هذا الشيء على أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

**فصل** وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما ذكر في كتاب المأذون وكذا حر به ليس بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ألا ترى أنه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الأذن له سفهاً (وأما) الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبداً أو أمة يضمن بالاجماع وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن الولي فكذلك وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد وعبد أبي يوسف يضمن (وجه) قوله أن إيداعه لو صح فاستهلك الوديعة يوجب الضمان وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة (وجه) قوله ما أن إيداع الصبي المحجور اهلاؤه للمال معنى فكان فعل الصبي اهلاؤه مال قائم بصورة لا معنى فلا يكون مضموناً عليه ودلالة ما قلنا أنه لما وضع المال في يده فقد وضع في يدهم لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعاً ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعاً لأن الصبي ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة أنه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه قال الله تبارك وتعالى فان آمنتم منهم رشدوا فدفعوا إليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لأنه لا يحفظ المال عادة ألا ترى أنه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفهاً بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضاً وإنما يجب عليه ضمان الدم لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الأدمى لا ضمان المال والعبد من حيث أنه آدمى قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما ذكر في كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فإن كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو القداء وإن كانت سواهما فإن قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وإن قبلها بغير إذن وليه لا يؤخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور

**فصل** وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لأن الإيداع من جانب المالك استمساكاً ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ في موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثاني فيما فيه يحفظ (أما) الأول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقاً أو مقيداً فإن كان مطلقاً فلمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائن من مكان قريباً أو اجنبياً من ولده وامرأته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير ويبد من ليس في عياله من يحفظ ماله بنفسه عادة كشر يكمه المفاوض والعنان وعبد المأذون وعبد المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الا يداع من غيره كما لا يملك الا يداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والا لسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويبد هو لاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بأيديهم داخل تحت العقد دلالة وكذلك ان برد الوديعة على أيديهم حتى لو هلك قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد المودع معنى فادام المالك في أيديهم كان محفوظاً بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل في ضمانه لان المالك مريض بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار مخالفاً فتدخل الوديعة في ضمانه الا اذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق أو كان في السفينة تخاف الغرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلواراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاغت في يد الثاني فالضمان على الاول لا على الثاني عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول فلا تدفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثاني فلا تدفع مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني لانه لا يملك الوديعة ببدء الضمان فتبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره باليداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفيل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيد مائة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سبباً لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على الاول ايضاً لان اليداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه الا انه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثاني على ظاهره ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا ببينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب وجوب الضمان في الاصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الابحجة هذا اذا هلك الوديعة في يد المودع الثاني فاما اذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً في حق اختيار التضمين بصورة لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثاني ولم يرجع الثاني على الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المقتضوب في يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملاً للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لا أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وان تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف في يدهما والنصف في يدهما

والحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاغت فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاغت لاضمان عليه بالاجماع وجه قوله ان المالك لما استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لافي كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظها جميعاً فلا بد ان يكون المالك في حفظها جميعاً ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما الاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان الحل محتملاً للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملاً للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاين فلم يصير مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحائوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فافى الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المقازة مضیعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الاماوق الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المقازة مضیعة قلنا ممنوع او تقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان آمناً فلا والكلام فيما اذا كان الطريق آمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضى الله عنهم فوجه قوله ان في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولا في حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ لا يترتب لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قوله ما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطاً نظره ان كان شرطاً يمكن اعتباره ويفيد اعتباراً ولا فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يسكبها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيتيه أو في بحر فيه ماله عادة فضاغت لاضمان عليه لان امسالك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدوره عادة فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو أمره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظره ان كان لا يجبد بد آمن الدفع اليه لانه اذا لم يجبد بد آمن الدفع اليه كان التهي عن الدفع اليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيه وان كان يجبد بد آمن الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع بدخل في ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لأن الحفظ في المصر أكل من الحفظ في السفر إذا سفر موضع الخطر إلا إذا خاف التلف عليها فاضطر إلى الخروج بها  
مخرج لا تدخل في ضمانه لأن الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما إذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة  
تخاف الفرق فدفعها إلى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك هذه لحفظها في داره أخرى فإن كانت الداران في  
الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لأن التقييد غير مفيد وإن كانت الأولى أحرز من الثانية دخلت  
في ضمانه لأن التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره أن يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن أن يضعها  
في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له أخبرني في هذا البيت وأشار إلى بيت معين في داره فخبأها في  
بيت آخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لأن البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا  
يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتتا بأن كان الأول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه والأصل المحفوظ في هذا الباب  
ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهم معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند  
الشافعي رحمه الله يجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى إن المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر  
من دار واحدة وجه قوله أن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الأصل بالضرورة ولم  
توجد وصار كالدارين والجواب نعم إذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما إذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لأن التعيين عند  
انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما إذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من  
البيت ولا تحفظ في الزاوية الأخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتتا في الحرز يصح بخلاف الدارين  
والأصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف الجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر  
فصل ١٠ وأما بيان حال الوديعة فخالها أنها في يد المودع أمانة لأن المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق  
بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى  
أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا إذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما إذا كانت مشاعاً  
لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلاً وديعة دراهم أو ديناراً وثياباً وغاب ثم  
جاءه أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء إليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة وقال  
أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع إليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بخلاف حتى لو هلك الباقي في  
يد المودع ثم جاء الغائب له أن يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعاً ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب  
فليس للقابض أن يشارك صاحبه في الباقي وجه قولهما أن الأخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له  
ذلك من غير حضرة الغائب كما إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع  
إليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة أن المودع لو دفع شيئاً إلى الشريك الحاضر لا يخلو أماناً يدفع إليه  
من النصيبين جميعاً وأما أن يدفع إليه من نصيبه خاصة لا وجهه إلى الأول لأن دفع نصيب الغائب إليه ممتنع شرعاً ولا  
سبيل إلى الثاني لأن نصيبه شائع في كل ألف لكون ألف مشتركة بينهما ولا يتميز إلا بالقسمة والقسمة على الغائب  
غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالوا إذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له أن يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة  
لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لأن الغريم يدفع نصيب أحد  
الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير إذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده ألف  
درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما أنه أودعها ياها فقال المودع أديها أحدكما وليست أدري أيكما هو فهذا في  
الأصل لا يخلو من أحد وجهين أماناً اصطلاح المتداعين على أن يأخذوا ألفاً وتكون بينهما أماناً لم يصلحة أحدهما وادعى  
كل واحد منهما أن ألفاً له خاصة لا لصاحبه فإن اصطلاحاً على ذلك فلم يملك ذلك وليس للمودع أن يمنع عن تسليم  
الألف إليهما لأنه أقر أن ألفاً لا أحدهما وإذا اصطلاحاً على أنها تكون بينهما لا يمنع عن ذلك وليس لهما أن يستحلفا

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحوا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيئا لجهة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما قال لا يخلو اما أن يحلف لكل واحد منهما واما أن ينكل لكل واحد منهما واما أن يحلف لا أحدهما وينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهم للحال الى وقت اقامة البينة كما في سائر الاحكام وهل يمكن الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قولهما لا يمكن وعلى قول محمد يمكن وهي مسألة الصلح بعد الحلف وقد مر في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين ويضمن الباقي بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الف أو اقرار لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف ويضمن أيضا الباقي أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لا أحدهما ونكل للآخر قضى بالالف للذي نكل له ولا شيء للذي حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها مال الكفا حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير أو جاء بالدابة فادخلها في اصطبله كان ردًا صحيحا لان ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فثبتت الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضوعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا اننا استحسننا في العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو دفعها الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيئا قياسا كعقد جواهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فثبت على أصل القياس ولان مبنى الابداع على الستر والاغفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلورده على غير المالك لا نكشف اذا السر اذا جاؤ زائنين يفشون فيقوت المعنى المجعول له الابداع بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها في حوائجها ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت في يد المودع بغير صنعته لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده المالك فلهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان التقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلك أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فاقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمرا عارضا وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة قيس تحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكك من غير اذني وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنني أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيًا ما أثبتته مثبتًا ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولا نه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

فصل ١٠ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلك يضمن بدله وكذلك بطريق الكفالة ولهذا الورأى انسا نيسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه في الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس في



عياه ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك  
فدخلت في ضمانه وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارى  
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول في  
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك  
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول  
الوديعة في ضمانه بالخلاف وان خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي  
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم  
يوجد فصارت كالوجود الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان  
لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف  
ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ  
مال المالك له بأمره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول  
في ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن  
هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انساناً ببيع عبده بالف درهم فباعه بألف وسلمه الى المشتري دخل العبد  
في ضمانه لا انعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له  
بيعه بالعين كذا هذا على أن ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في  
زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما اذا استخفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في  
الباقى بقي العقد في الباقي يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في  
قدر القاتل بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ  
المكان المذكور فقد انتهى العقد لا انتهاء حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا لانها تمليك  
المنفعة بغير عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً أو شهر أو زمان ما بعد  
الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقض بالخلاف بل يقرر فهو الفرق ومنها وجود الوديعة في وجه المالك عند  
طلبه حتى لو قامت البينة على الابداع أو نكل المودع عن التمين أو أقر به دخلت في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد  
ظهر ارتفاعه بالوجود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزل عن الحفظ والمودع لما وجد الوديعة حال  
حضره المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد بقي مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضموناً عليه فاذا هلك تقرر  
الضمان ولوجود الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد  
الوجود أو قبل الوجود أو مطلقاً فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الوجود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لان المقدار يقع  
بالوجود أو عنده فدخلت العين في ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لان يسقطه وان أقام البينة على أنها هلكت  
قبل الوجود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الوجود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الوجود فلا  
يرتفع بالوجود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الوجود ولا بينة له وطلب  
التمين من المودع حلقة القاضي بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل وجوده لانه الاصل في باب الاستحلاف أن الذي  
يستحلف عليه لو كان أمر الواقف بالخالف للزومه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل  
الوجود لقبيل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا  
اذا وجد حال حضره المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن  
في الحالين جميعاً وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف أن الجحود سبب للضمان من حيث أنه يرفع العقد بالزل على ما بيننا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولأن الجحود عند غير المالك حال غيبته معدوم من باب الحفظ والصيانة عرفاً وعادة لأن مبنى الإبداع على الستر والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظاً ومعنى فكيف يكون سبباً لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة لأن اتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فتمنع المودع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلك يضمن لأنه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه فاذا هلك تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى أنه كان باذن المالك لا يصدق إلا ببيبة لأن الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الأصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل إلا بحجة وكذلك المودع إذا خلط الوديعة بماله خلطاً لا يتميز يضمن لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلاً فأيضمن ويصير ملكاً بالضمان وإن مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع أسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلا نعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانهاء الفعل من جهته وأما كونه شريكاً لصاحبها فوجود معنى الشركة وهو اختلاط المالكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطاً لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدرامم ويضمن المودع لكل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطاً لا يتميز فلا سبيل لهما ومحمد هباً بالخيار إن شاء آقتسما المخلوط نصفين وإن شاء آضمن المودع الثمن وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطاً لا يتميز كالخطة بالخطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما أن الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعارض الخلط فإن شاء آقتسما لا اعتبار بجهة القيام وإن شاء آضمن لا اعتبار بجهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنه لما خلطها خلطاً لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمن عندهما واختيار التضمن لا يثبت إلا بوجود الاتلاف دل أن الخلط منه وقع اتلاً ولو أودعه رجل خطة وآخر شعير فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لأن الخلط اتلاف وعندهما هما إن يأخذ العين ويبيعها ويقتسما الثمن على قيمة الخطة مخلوطاً بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالخطة لأن قيمة الخطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لأن قيمة الشعير تزداد بالخلط بالخطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو اتفق المودع بمحض الوديعة ضمن قدر ما اتفق ولا يضمن الباقي لأنه لم يوجد منه إلا اتلاف قدر ما اتفق ولورد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف والنصف الباقي بالخلط الكون الخلط اتلاً فاعلى ما بيننا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينة ففلم ينقصها ثم ردها إلى موضعها بعد أيام فضاقت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله أنه أخذها على وجه التعدي فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) أن نفس الأخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تبارك وتعالى عز شأنه عفان أمي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس عفواً على العموم إلا ما خص بدليل وعلى هذا الخلاف إذا أودعه كيساً مسدوداً فخلطه المستودع أو صندوقاً مقلقة لا تفتح القفل ولم يأخذ منه شيئاً حتى ضاع أو مات المودع فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لأن هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاخص الغرماء لأنه لما مات مجهلاً للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعاً بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الوريثة إنها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لأن الموت مجهلاً سبب لوجوب الضمان لكونه اتلاً فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة وبخاص المودع الغرماء لا نه دين الاستهلاك على ما ذكرنا  
فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

— — — — —

### كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان  
ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان  
ما يوجب تغير حاله أماركنها فهو لا يجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسننا  
والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر كما في الهبة حتى أن من حلف لا يعير فلا نافعا له ولم يقبل بحث كما إذا حلف لا يهب  
فلا ناشياً فهو هبة ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والاحتجاج هو أن يقول أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو  
هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخذت منك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك  
على هذه الدابة إذا لم ينوبه الهبة أو داري لك سكنى أو داري لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصرح في بابها وأما  
المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الإنسان بها زماناً ثم يردّها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي عليه الصلاة  
والسلام المنحة مردودة ومنحة الأرض زراعتها قال النبي عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا  
الأطعام المضاف إلى الأرض هو أطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة وهو معنى العارية  
وأما إعدام العبد إياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى هو  
جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعته المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على  
هذه الدابة فإنه يحتمل الاعارة والهبة فإى ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه وعند الإطلاق ينصرف  
إلى العارية لأنها أدنى فكان الحمل علماً أولى ولو قال داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد وعند  
أبي يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة

فصل في شرائط التي يصير الركن بها اعارة شرعاً فأشأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبي  
الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبي المأذون لأنهم من توابع التجارة وأنه يملك  
التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها  
العبد المأذون لأنهم من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لأن الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم  
بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها أن يكون المستعار ممكناً لا يتلف بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح اعارته لأن  
حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما ذكره في موضعه

فصل في بيان حكم العقد والكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته أما  
الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة عندنا وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى  
يملك المستعير الاعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلاً كالمباح له الطعام لا يملك  
الإباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الإجماع والمعقول أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تملك  
المنفعة لما جاز من غير أجل كلاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر  
وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تملك المنفعة لأن بيع المعدوم لا نعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع  
لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب  
الاجارة حكماً للضرورة ولا ضرورة إلى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل  
المنافع وصرّفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تملكاً لإباحة كما في الأعيان وإنما

صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهة المفضية إلى المنازعة والجهة العارية لا تنقضي إلى المنازعة لأنها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الإجارة لأنها عقد لازم والإجارة عقد غير لازم فلو ملك الإجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدودها فلم يكن بيع المعلوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان وعلى هذا تخرج إجارة الدرام والدنانير لأنها تكون قرضاً لا إجارة لأن الإجارة لما كانت تملك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصليين ولا يمكن الانتفاع بالاستهلاكها ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيح إجارة حقيقية فتصح قرضاً مجازاً لوجود معنى الإجارة فيه حتى لو استعار حلياً لتجمل به صح لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا إجارة كل ما لا يمكن الانتفاع به الاستهلاك كالسيارات والموزونات يكون قرضاً لا إجارة لما ذكرنا أن محل حكم الإجارة المنفعة لا بالعين إلا إذا كان ملحقة بالمنفعة عرفاً وعادة كما إذا منح إنساناً أمانة أو ناقه لينتفع بلبنها وبرهامدة ثم يردّها على صاحبها لأن ذلك معدوم من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقه أهل بيت لا درلهم وهذا يجري مجرى الترخيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جدياً أو غنماً كان عارية لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه أن عقد الإجارة لا يخلو من أحد وجهين إما أن كان مطلقاً وإما أن كان مقيداً فإن كان مطلقاً بان إعارته إنساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء وله أن يركب أو يحمل لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أولاً لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفاً في ملك نفسه إلا أنه لا يملك الإجارة لما قلنا فإن أجر وسلم إلى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصباً فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالشئ من الغاصب إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لأنه ملكه بإداء الضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر فإن كان عالماً بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وإن لم يكن عالماً بذلك يرجع عليه لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة وإذا كان عالماً بصير مغروراً من جهته فلا يرجع عليه. وهل يملك الأيداع يختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لأنه يملك الإجارة فلا يداع أولاً لأنها دون الإجارة وقال بعضهم لا يملك استدلالاً بمسئلة مذكورة في الجامع الصغير وهي أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن ومعلوم أن الرد على يده أيداع إياه ولو ملك الأيداع لما ضمن وإن كان مقيداً فإيراعى فيه القيد ما أمكن لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلما الوصف لأن ذلك يجري مجرى البعث ثم إنهما يراعى القيد فيما دخل لافياً لم يدخل لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه فإيراعى عند الإطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسائل إذا أعارنا إنساناً دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك إذا أعاره ثوباً

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والسيارات وبسبب فزيم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فمطبت فان كانت الدابة مما تطبق حملها جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطبق حملها ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دار اليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيداً فيلغو الا اذا كان الذي يسكنها اياه جداداً أو قصاراً ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيداً فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخناً أو أرزاً أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافاً بصورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيداً وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفاً حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو أجراً أو حديداً أو حجارة سواء كان مثلها في الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على أن يحمل عليها مائة من قطناً فحمل عليها مثله من الحديد وزناً فمطبت يضمن لان القطن ينسبط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون في موضع واحد فكان ضروره بالدابة أكثر والرضا بادن الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقييد مفيداً فيلزم اعتباره ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فمطبت نظر في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطبق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر محتوماً فمطبت يضمن جزءاً من قيمتها لانه لم ي تلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على أن تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله أن يستعملها في أي وقت شاء بأى شيء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقاً فيها وراءه لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلك من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبي حنيفة عليه الرحمة الاخر وكان يقول أولاً يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيها وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردّها على المالك حتى هلك يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلك يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير والمستعير في الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع التمين دفعا للتممة

فصل ١٠ وأماصفة الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازماً كملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقتها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً لبني عليها أوليغرس فيها ثم بدّل المالك ان يخرجها فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقته لما قلنا غير انها ان

كانت مطلقة له ان يحجر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء لان في الترتك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فاخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقته فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرج به ولا يحجر على النقص والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم اخرج به قبل الوقت فقد غره فصار كغيباله عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرس وكفالة فكان له ان يرجع عليه بالضمان ويملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء اخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما ثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقص مضرأ بالارض فان كان مضرأ بها فالخيار للمالك لان الارض اصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب اصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزعمنا ان أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحساناً في القياس ان يكون له ذلك كما في البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقيق واجب عند الامكان وذلك ممكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا في باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصده انه يترك في يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترتك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يحجر على القلع

**فصل** وما بيان حال المستعار فحاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع فاما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان عاجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب ولا نه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهر هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلا نه عقد تبرع بالمنفعة تملكاً أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلو جهن أحد هما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيافته عن الهلاك وهذا احسان في حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شأنه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فع الاذن أولى الثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدي قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجوب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب معنى لما علم وهما لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلك في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا من نافع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه عرّب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارس الى فأمته وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حينئذ فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فعارضت الروايتان فمقط الا احتجاج مع ما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد به تقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ما قلنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

فصل في: وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعير من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وترك الحفظ وبخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة بضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهم ما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الوقف والصدقة

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفية وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول والله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالقرع مادام الواقف حياً حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بعلقة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالعلقة ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافته الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلوا في جوازه من يلا ملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا أضافه الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المحتازين في الرباط  
والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وتزول الرقبة  
عن ملكه لكن عزل الطريق وأفرازه والأذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن  
يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً وليس له أن يرجع عنه على ما ذكره  
(وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى  
عليهم أجمعين فإنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان  
وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولا نوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله  
تعالى خالصاً شبه العتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً والدليل عليه أنه يصبح مضافاً إلى ما بعد الموت فيصح  
منجزاً وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير المجاز لا يحتل الجواز لقضاء القاضي ولا في حنيفة عليه الرحمة  
ما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعدموت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف  
حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيًا شرعاً وعن شريح أنه قال جاء محمد بن عبد الله الحليس وهذا منه رواية  
عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه يجوز بيع الموقوف لأن الحليس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذ الوقف حبس  
لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف  
رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنما جاز لأن المانع من وقوعه حبس عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم  
لم يقع حبس عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم أنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقف  
الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء  
فلم تقع حبس عن فرائض الله تعالى وما كان بعده وإنه عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوه بالاجازة  
وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وإنما جاز مضافاً إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج  
الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو  
أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما إذا حكم به حاكم فأنما جاز لأن حكمه  
صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جائز كافي  
سائر المجتهدات

**فصل** في ما شرائط الجواز أنواع بعضها يرجع إلى الواقف وبعضها يرجع إلى نفس الوقف وبعضها يرجع  
الموقوف (أما) الذي يرجع إلى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون  
لأن الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة  
ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لأنه إزالة الملك والعبد ليس  
من أهل الملك وسواء كان مآذوناً أو محجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه  
المآذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرج الواقف من يده ويجعل له قياً ويسلمه إليه عند أبي  
حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر  
وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه كان يفعل كذلك ولأن هذا إزالة الملك إلى حد فلا  
يشترط فيه التسليم كالأعتاق ولهما أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر  
التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسلباهما إلى  
المتولى بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا



ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيا ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلي واحد كان تسليما ويحول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئا عند أبي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الا خلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجدا أو شرط من منافع ذلك لنفسه شيئا وكالواعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولا يبي يوسف ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا بيس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة ومحمد فان لم يذ كر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمي جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وان لم يسهمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكره التسمية ولأن قصص الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسهمهم هو الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتا لدلالة الثابت دلالة كالتأبث نصا ولهما ان التأبث بشرط جواز الوقف لما نذكره وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأبث وهو أن يكون مؤبدا حتى لو وقت لم يحز لانه ازالة الملك لا الى حد فلا تحتل التوقيت كالاتاق وجعل الدار مسجدا

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعتار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصودا لما ذكرنا ان التأبث بشرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصودا الا اذا كاتبنا للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها أو كرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصودا كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعاً للأرض والدار وان كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف الرجل لتسخين الماء ووقف الخنازة وثياها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لانه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسناً ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لانه منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيبيع ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال أما خال قد احتبس أكراماً وأفراساً في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن يكون الموقوف مقصودا عند محمد فلا يجوز وقف المشايخ وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقصودا كان أو مشاعاً لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً فلا يكون الخلل فيه مانعاً وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ملك مائة سهم بخير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه وقفها شائئاً ثم قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بخلته بالتصدق عليه لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يسد أبصر القرع إلى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهي من بنائه وسائر مؤناته التي لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشرط لأن الوقف صدقة تجارية في سبيل الله تعالى ولا تحرى إلا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً أجرها القاضي وعمرها بالاجرة لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقى إلا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالاجرة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الاتفاق عليها أثق القاضي عليها بالاجرة كذا هذا وما نهى من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحق الوقف لأن حقهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجد أغرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبقى الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولا ييوسف انه لما جعله مسجداً أقدر حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاتفاق بخلاف تكفين الميت لانه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكه وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان اجتاز ين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهه القرية قد تحت بيتين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب وعند محمد يصير ميراثاً وقال أبو بكر الاعمش ينبغي أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال دارى هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القرية يحصل بالتصدق بثمن الدار وبل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة لأن المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الأصل وتصدق بالقرع ولو قال مالى في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً والقياس أن يتصدق بالكل لأن اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم إيجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا إيجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له أمسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لا يحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم



### ﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حشد المدعى

والمدعى عليه وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفي بيان علائق اليمين وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن

**فصل** وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما ان يكون عينا واما ان يكون دينافان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أو لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره تمكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحي ونحوه فان شاء القاضي استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم نعم وقال زفر رضي الله عنه لا وهي مسألة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع الحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينافلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى في دعوى العقار انه في يد المدعى عليه لان الدعوى لا بد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه في يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يده هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلاحا على ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لانه لا قضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فلا مرفيه ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلى بينها وبين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايثاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا بحكم القضاء به فيجيبه القاضي اليه فيكتب الى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي رحمه الله انه ظهر صدق المدعى في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء بينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا في دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهره للخلق فجاز (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر نها عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لا أحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منها عنه ولأن القاضي مأثور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه يادادان جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص أقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام أقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا يثبت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لا احتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلاً إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر فإن كان يجوز لا يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لأن الوكيل والوصي نائبان عنه بصرى النيابة والوارث نائب عنه شرعاً وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سبباً لثبوت حق الغائب لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر لأن كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر أنه أخوه ولم يدع ميراثاً ولا نفقة لا تسمع دعواه لأنه دعوى على الغائب لأنه يريد اثبات نسبته من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لأنه لم توجد النيابة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاً له فلا تسمع دعواه أصلاً ولو ادعى عليه ميراثاً أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لأنه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته إلا بآيات نسبته من الغائب فينصب خصماً عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاً له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح إقراره بخلاف ما لو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لأنه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر ألا ترى أنه لو أقر به يصح إقراره بخلاف الإقرار بالآخوة وعلى هذا تخرج المسائل الخمسة وتوابها على ما ذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فامر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لأن إقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لأن الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضاً للإقرار والإقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى أنه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لأن النكول بمنزلة الإقرار وروى عن أبي يوسف أنه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا إذا ادعى أنه اشتراه منه قبل الإقرار والنكول فاما إذا ادعى أنه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لأن الإقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لا اختلاف الزمان ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولاً قال ذلك أو مفصولاً لأنه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لأن سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولاً فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولاً لا تصح قياساً واستحساناً وجه القياس أن قوله هو لفلان إقرار منه بكونه ملكاً لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لأن الشراء يوجب كونه ملكاً للمشتري فلا يصح كما إذا قال مفصولاً وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولاً معناه في متعارف الناس وعاداتهم أنه كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا إذا أنتم قليل مستضعفون في الأرض أي اذكروا قليلًا اذ كنتم قليلًا اذ كنتم قليلًا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيح حاله ولا عادة جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا إذا بين أنه اشتراه قبل الإقرار فان بين أنه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما ثم لم يسمعه لان لم يذكر الوقت يحمل على الجال تصحيح حاله هذا اذا قال هذا الشيء فلان ولم يقل لاحق لي فيه فان قال لاحق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لاحق لي فيه لتأكيد البراءة الا اذا تبين أنه اشتراه بعد الاقرار فسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضي بينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبد في يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيباً فأراد أن يردّه على البائع فأقام البائع البينة على أن المشتري كان أبرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى البراءة عن العيب لان البراءة يقتضي وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى البراءة فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل في هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع حجة الدعوى الا في النسب والعقود فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا جهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلفت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل للثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لهذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الا كبرسنا ابنا لمن هو أصغر سناً منه وكذا اذا قال لمرءف النسب من الغير هذا ابني والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً وقال بعضهم المدعى من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينصفلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى ذكر في أدب القاضي انه يسأله وذكر في الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى أسأله عن دعواي وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسأل المدعى عن دعواه في أدب القاضي انه يسأله وفي الزيادات انه لا يسأله ويعرف ذلك في كتاب أدب القاضي وسيأتي واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكّ أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لي ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه والا لئلا يتهم في اقراره على نفسه فالانبيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدي هو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً تقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيها

يحتمل التحليف فان سككت عن الجواب يأتي حكمه ان شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه

**فصل** وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمراً خفياً فيحتاج الى اظهاره والبيئة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهره للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فاجتبه الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البيئة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاة بشاهد واحد ويمن من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها امر جنة جنسية الصديق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البيئة فكان ينبغي ان يكشف بها الا انه ضم اليها الشهادة نفياً للهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعمير فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معا روية رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جرير عن عطاء بن أبي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ماله ورد مورد الاحاد ومخالفاً للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين في الامان وعندنا يجوز القضاء في بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلاً بان شهادته أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاج فيه فعمل على هذا توافق بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبي عليه الصلاة والسلام جعل اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا أحد الظلم وعلى هذا يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد اذا اقام البيئة أنه لا تقبل بيئته ذي اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدعى بل هو مدعى عليه فلا تكون البيئة حجة له فالتحقت بيئته بالعدم فخلت بيئته المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد يخرج المسئلة على أصل آخر نذكره في موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علائقهما وعلائق البيئة قدم ذكرها في كتاب الشهادات ونذكر هنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان الوجوب وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرأ لا حاجة لان الانسان لا يهتم في الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجب الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والجل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد  
يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكارا دلالة ولولم  
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار  
وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على مامر  
ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الا يفاء عند طلبه  
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط حق لوقال المدعى لى بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف  
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه  
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولا بى حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم  
واليمين كالمخلف عليها لكونها كلام الخصم فلهذا الوأقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة  
على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف في  
الحدود والخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقه والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول  
في الحدود والخالصة لانه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهه العدم والحدود لا تحتل البذل ولا  
تثبت بدليل فيه شبهه لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان في السرقه يحلف على أخذ المال وكذا  
لا يمين في اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لانه ليس من  
الحدود والتمحض حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفي التعزير يحلف كذا وهذا يجرى  
الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا  
للاقرار به شرعاً بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه  
أخوه ولم يدع في يده ميراثا فأنكر لا يحلف لانه لو أقر له بالاخوة لم يجر اقراره لكونه اقراراً أعلى غيره وهو أبوه ولو ادعى  
انه أخوه وان في يده مالا من تركه أبيه وهو مستحق لنصفه بانه من أبيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا للاخوة  
لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره في حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح في حق النسب حتى  
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد في بدر رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الآخر  
لا يثبت لي وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا  
ان يقول الذي لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيري فاضم قيمته لي يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رد قيمة  
ذلك العبد على هذا المدعى ولا رد شي منها لانه لو أقر باقائه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى  
رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح  
اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجرى في النكاح وعندهما يجرى لكن  
عند أبي يوسف يحلف على السب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما ذكره في موضعه هذا اذا كانت صغيرة  
عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباه زوجه ابنته الصغيرة لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين  
وعندهما لا يحلف أيضاً لا حد طريقين وهوانه لو أقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها  
لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجرى فيه لكن عند أبي يوسف تحلف على السب بالله عز وجل ما تعلم  
ان أباه زوجه ابنته الصغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجه  
عبد فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثاني انه  
لا استحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضاً لكن طريق واحد وهوانه لو أقر عليه لا يصح اقراره  
ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهوان

الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل أولاً وعلى هذا يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والتي في الابل والنسب والرق والولاء والاستيلاء أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته او تدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا يثبت للمدعى وطلب عين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلة بعد اقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما التي في الابل فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت ففت اليك بالجماع فلم تبني فقالت لم تنف الى ولا يثبت للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا يثبت له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجز عليه رق أبداً ولا يثبت للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه اعتق اباه وان أباه مات وولاه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه بائناً منه ولا يثبت للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاء فهو ان تدعى أمة على مولاه فتقول انا أم ولد لمولاي وهذا ولد لي فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في القصول الستة وفي الاستيلاء لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرار أدلة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولا بي حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يخرج عن اليمين الكاذبة يتخرج عن التنيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لا نالو جعلناه اقرار الكذب بناء لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلاً لم نكذب لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

فصل في بيان كيفية اليمين في الكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لا يخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كافراً فان كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثاً وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فانه روي رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الا عور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فانه اغلظ عليه اليمين بمنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما بعد تغليظاً في اليمين وان كان الحالف كافراً فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركاً لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من



خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة  
وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحتهم في عصر من الاغصار الى يومنا هذا ورجو من فضل الله  
عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما اتحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضي ما  
يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائح فيغلظ  
على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى  
أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة  
الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع  
الاشارة الى الحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من  
البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا  
وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر  
والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى  
عليه مطلقاً عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد  
ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكافئ فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان  
حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازماً لما احتمل ان ياباه زيد بن ثابت  
ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك في التعظيم والله عز وجل  
أعلم (وأما) بيان صفة الخلو فانه على ما اذا يحلف فتقول الدعوى لا تخلو امانا كانت مطلقة عن سبب وامان  
كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبد أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في  
انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الارض لقان هذا ولا شئ منه  
وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو  
يوسف ومحمد في انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفاً  
أو ما غصبته ألفاً أو ما أودعني ألفاً الان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد  
يودع ولا يكون عليه لما أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لئلا يلزم من شئ فحينئذ يحلف على الحكم وقال  
محمد يحلف على الحكم من الا ابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التى ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب  
تحليف على ما لا يمكنه الخلف عليه عسى لجوازه انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الخلف على  
نفي السبب ويمكنه الخلف على نفي الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبي يوسف  
ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفي باب الفسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام  
بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل  
تحت الدعوى في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الخلف على السبب حلف عليه  
وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف  
يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشئ الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قديبيع الرجل  
الشئ ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كي لا يلزم من شئ  
فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول  
محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثاً أو خالها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف  
على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخال

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فينثذ يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بئن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقص في هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبها أو سبها غيره فاستراها فينثذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذي يدعى العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذي اذا تقضى العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تهرىع على قولهما لان أباحنية لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلوا ما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فينثذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبي حنيفة لوقال الزوج أنا أنار يد أن أتزوج أختها أو أربما سواها فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربما سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبي حنيفة لوقالت المرأة اني أريد أن أتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانه قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من الزوج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهده أبداً الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضي عليه فان قال الزوج لو طلقها للزمني المهر فلا يفعل ذلك يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شيء لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبي يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداءً وتجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذر ان شاء الله تعالى

**فصل** وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبى فاما اليمين فكأن خلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلاً ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذي ادعيت به أو أنت برىء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أى برىء عن دعواه وخصومته للحال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاة ومهابة المجلس في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضى عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه اجتمع الشافعى رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البيعة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تو راعى اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبه الصدق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدي سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحاً قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو اقام البيعة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق في خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تو راعى اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تجرأ عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البيعة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانهما خير من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فنقول البيعة حجة المدعى وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلنا ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الا يفاء فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقرأ ويحلف أبداً وان كان الدعوى في القصاص في الطرف فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده كما لا يستحلف في الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوصل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسنت في الاستحلاف فيها لان

الشرع ورد به في القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما لامر الدم وتفخيما لشأنه ليكون اليمين الكاذبة مهلكة  
فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا في حبس حتى يقرأ ويحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف  
فيها للتوصل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعند النكول اقرار فيه شبهة العدم  
لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرب بالشبهات واذ اسقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف  
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له  
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهره للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص  
وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من  
جهة من عليه تجب الدية وأما في دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في  
الاموال دون الحدود والمصلحة وأما في حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فكل يقضي بالحد في ظاهر الاقوال  
لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضي فيه  
بشيء ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف ويقضي فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضي بالمال دون القطع  
والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** \* وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعي عليه ونخرج عن كونه خصما للمدعي فنقول والله التوفيق  
انه يخرج عن كونه خصما للمدعي بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضي نحو ما اذا ادعى  
على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذي في يده هو ملك فلان الغائب أو دعيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلو اما  
أن يدعي عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعي عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في  
يده أو دعيه فلان الغائب أو رهنها أو أجرها أو أعارها أو غصبها أو سرقتها أو أخذتها أو نزعها أو ضلت منه فوجدتها  
وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقيم  
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقيم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتياال فان كان  
تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضا وعند أبي يوسف لا تندفع وهي المسئلة المعروفة بالخمس والحجج  
تعرف في الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد بأن قال هذا ملكي غصبه مني فلان لا نه لم يدع على  
ذی اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذي  
اليدين قال هذه دارى أو دابتي أو ثوبي أو دعتكها أو غصبتها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتبتها مني وقال الذي في  
يديه انها لقان الغائب أو دعيه أو غصبتها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة ووجه الفرق  
ان ذا اليد في دعوى المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعي في يده لم يكن خصما فاذا اقام البينة على ان  
اليدين كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما فعلا لا بيده ألا ترى ان الخصومة  
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما فعلا بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله  
بان قال غصبت مني أو أخذت مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه  
باطل فالتحقق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحقق بالعدم  
فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في الغصب والاخذ  
وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما  
الله ووجه الفرق يعرف في الجامع ولو قال المدعي هذه الدار كانت لقان فاشتريتها منه وقال الذي في يده أو دعي  
فلان الذي ادعت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت  
كون يده بدغيره بتصادقهما أما المدعي عليه فظاهر وأما المدعي فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا الوأقام الذي في يديه البيئنة على اقرار المدعى بذلك لان الثابت بالبيئنة كالثابت بالمعينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متمدية الى الناس كافة بمنزلة البيئنة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعى فبطل القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان العائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقرر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعى البيئنة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أو دعيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بيئنة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فثبتا ليدله وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البيئتين القائميتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البيئتين القائميتين على قدر الملك أما الأول فالأصل ان البيئتين اذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البيئنة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقق بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد (وأما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البيئنة فلا تخلو اما ان قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك مؤقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامت على ملك مطلق عن الوقت فيبيئنة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بيئنة ذي اليد أولى (وجه) قوله ان البيئتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بيئنة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل بينته في دعوى السكاح (ولنا) ان البيئنة حجة المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام البيئنة على المدعى وذو اليه ليس بمدع فلا تكون البيئنة حجة والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعى انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بيئنة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بيئنة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقت البيئتان نصا ووقت بيئنة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحمل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهر انا ثبت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى بينته لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادته وورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الاخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعى فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتائج لان هناك لم يثبت

سبق الخارج لا نعدم تصور السبق والتأخير فيه لان النتائج مما لا يحتمل التكرار في طلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا قامت البيئتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للأسبق وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتائج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان يدنة صاحب الوقت الاسبق أظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد في دفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه الى غيره وان أقامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبي يوسف أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا الوادعى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعى الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولاتاريخ مع الاخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا قامت البيئتان من الخارج وذى اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان في دعوى ذلك سبب فان كان السبب هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البيئتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه وتركه ميراثه يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامت على ملك موقت واستوى الوقتان لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الاول وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البيئتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان الوارثين ادعى ملكاً مطلقاً أو موقتاً من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البيئتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يترد على أصل أبي يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم وقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراه من الخارج وقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البيئتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء ويترك المدعى في يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبيئتين ويؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البيئتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ قبض وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

في هذا التقدير فساد العقد الاخير لانه يبيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان يبق المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجهه) قول أبي يوسف وأبي حنيفة ان كل مشتري يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البيعتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبيعتين أصلا وان وقت البيعتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد ويبع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يحجز بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بخلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بالخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا في الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولاً وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو التنازع وهو الولادة في الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البيعتان على التنازع واما ان قامت احدهما على التنازع والاخرى على الملك المطلق فان قامت البيعتان على التنازع فلا يخلو اما ان كانت البيعتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً فان لم يوقتاً وقتاً يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على التنازع قائمة على أولية الملك وقد استوت البيعتان في اظهار الاولى فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى ببينته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقه في يدرجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقه لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تهاتر البيعتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذلك الحديث الذي روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك في دعوى التنازع من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد لان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على التنازع والاخر على الملك المطلق عن التنازع فيبينة التنازع أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه وأما ان وقتت البيعتان فان انفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة يمين هذا اذا علم سنهما فاما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه محتمل أن يكون سنهما موافقا لهذا الوقت ومحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت ومحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البيعتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاتر البيعتان قال وهو الصحيح (وجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد يبقنا بكذب البيعتين فالتحقق بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البيعتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج انها ولدت في ملكي من أمي هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعى وأقام كل واحد منهما بينة انه له جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من قطن هو له يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد فاذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج وان أشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا وكذلك لو اختلفا في جن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جينا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والتخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب الملك الولد والغرس ليس بسبب الملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الجيوب النابتة والقطن الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه في أرضه فانه يقضى بالارض والحلب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج ولو اختلفا في ثوب خز أو شمر وأقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه يرجع في هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وانها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخراج في الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضاء والاخرى سوداء وهما في بدرجل فأقام الخراج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء لان بينة الخراج قامت على النتاج في البيضاء وبينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخراج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه اللبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه اللبن في ملكه فيقضى للخارج لان البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخراج أولى في دعوى الملك المطلق ولو ادعى عبد آفي يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه وأقام ذواليد البينة انه اشتراه من رجل آخر وانه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخراج مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج يقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثاني فلم يكن الثاني متمضيا عليه فتسمع البينة منه فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق (ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان



حق العبد لتقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصص من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها لانه لا يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر ولا ملك الأرض ألا ترى ان الأرض المغموسة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصص من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول لا تخلف في الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى بكل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الاخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضا وهوان البينتين اما ان قامت على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامت على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول تهازل البينتين ويترك المدعى في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبينتين معتذر لتناف بين موجههما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة أو ترجيح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالديان واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقية الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل محل أمكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامت على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحقيق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الاخر فلا يسبق أولى بالاجماع ولا يجيء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامت من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احدهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأي طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احدهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر في الزوائد وتستحق به الاولاد والا كساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

يقيين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلامعارض فكان صاحب  
 التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون  
 متأخراً لا محالة أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ  
 فبقى دعوى الملك المطلق هذا اذا قامت البينتان من الخارجين على ذى اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك  
 بسبب فتقول لا يخلو اما ان ادعى الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو التنازع ونحوها واما ان ادعياه بسببين  
 فان ادعى الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك  
 الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضى منها  
 ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان  
 وقتها واحداً فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
 رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن المورث ملك الميت  
 والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً للملك الوارث فسقط التاريخ للملك والتحقق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق  
 عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما  
 تاريخاً كره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث  
 لانفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى  
 لاسبقهما وقتاً لاثباته الملك في وقت لا تعارض فيه بينة الاخر كذا هذا ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى  
 بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحقق بالعدم وأما عندهما فيصير كأن  
 المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا كافرا خه أحدهما ولم يؤرخه الاخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا  
 لانهما ادعيا تلقى الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار  
 في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعى الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان  
 كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن  
 مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهازل البينتان وفي قول  
 يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهازل وقد تقدمت واذ قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما  
 الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء  
 الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فاجب ذلك خلافاً في الرضا فذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما  
 أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما  
 بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والاخر الاختلاف كان ذلك بعد قضاء القاضى وتخييره اياهما  
 فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضى بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في  
 النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضى بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه  
 الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك المشفوعة قبل تخيير القاضى فلا خيار يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن  
 لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل  
 قضاء القاضى بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى  
 صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في نواحي  
 الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع قبل من غير ذلك الملك له  
 والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

واليد دليل الملك ف وقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع هذا اذا لم تؤرخ البيعتان فاما اذا اختلفا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى دعوى مطلق الشراء وان كانت احدهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو اُرخت احدهما وأطلقت الاخرى فالمرؤخة أولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البيعتان ولكن ذكرت احدهما القبض فهي أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احدهما تاريخا والاخرى قبضا فيبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن شراؤه قبل شراء الاخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو اُرختا تاريخا واحدا و ذكرت احدهما القبض فيبينة القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق . هذا اذا ادعى الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره فاما اذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلال في الخيار على نحو ما ذكرنا ولو وقت البيعتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فلا سبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق لذكره الداري وهو أن المشتري ثبت الملك لنفسه والوارث ثبت الملك للبيت وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخ ملك البائعين وان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدي البيعتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لان هناك اتفاقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدي البيعتين أوجب تلقى الملك منه في زمان لا ينافي فيه أحد فيؤمر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد أحدهما فان ادعى الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعى الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البيعتان أولا أو وقتت احدهما دون الاخرى الا اذا وقتتا وقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهة ولا حد هما يذيع جعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب هو النتائج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فاقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لا استواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما وجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت أصلا وجه قول أبي

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت  
 فالأسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وإن خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذى اليد  
 وإن أقام أحدهما البيئة على النتائج والآخر على ملك مطلق فيبينة النتائج أولى لما مر هذا إذا ادعى الخارج أن الملك  
 من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشرء والتناج فإن كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو إما أن كان  
 من اثنين وإما أن كان من واحد فإن كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بأن ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدابة  
 من فلان وادعى الآخر أن فلانا آخر وهما له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لأنهما ادعيا تلقى الملك من البائع  
 والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البيئة على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فإنه  
 يقسم بينهم اثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وإن كان ذلك من واحد ينظر إلى السببين فإن كان  
 أحدهما أقوى يعمل به لأن العمل بالراجح واجب وإن استوى في القوة يعمل بهما بقدر المكان على ما هو سبيل  
 دلائل الشرع بيان ذلك إذا أقام أحدهما البيئة أنه اشترى هذه الدار من فلان وقبضه الثمن وقبض الدار وأقام  
 الآخر البيئة أن فلانا ذلك وهما له وقبضها يقضى لصاحب الشرء لأنه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم إلا  
 بالقبض فكان الشرء أولى (وكذلك) الشرء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشرء مع الرهن والقبض لأن  
 الشرء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البيئتان مع القبض يقضى بينهما  
 نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار  
 ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشئوع (وقيل) لا فرق  
 بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لأن هذا في معنى الشئوع الطارىء لقيام البيئة على الكل وأنه لا يمنع  
 الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض والهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء  
 السببين لكن هذا إذا لم يكن المدعى في بدأ أحدهما فإن كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن  
 والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس أن تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لأن كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن  
 يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لأن المرهون عندنا مضمون بقدر الدين  
 فأما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاح بأن ادعت امرأتان وأقامت كل  
 واحدة منهما البيئة على أنه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة  
 أو الرهن فالنكاح أولى لأنه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشرء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي  
 يوسف والمرأة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشرء أولى والمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد  
 أن الشرء أقوى من النكاح بدليل أنه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا  
 لا يصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كالزوج على جارية غيره دل أن الشرء أقوى من  
 النكاح (وجه) قوله أبي يوسف أن النكاح مثل الشرء فإن كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا إذا ادعى  
 كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما إذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بأن ادعى أحدهما كل الدار والآخر  
 نصفها وأقاما البيئة على ذلك فإنه يقضى لمدعى الكل بثلاثة أرباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبي حنيفة  
 وعندهما يقضى لمدعى الكل ثلثي الدار ولمدعى النصف ثلثها وإنما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة  
 فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسم بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة أن ينظر إلى  
 القدر الذي وقع النزاع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سائلا للمدعي (وتفسير) القسمة على طريق العدل  
 والمضاربة أن تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالخصص فيضرب كل سهمه كما في الميراث والديون المشتركة  
 المنازعة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهذا يدعى أحدهما

كل الدار والاخر لا ينازعه الا في النصف ففي النصف الاخر خالي عن المنازعة فيسلم للمدعي الكل لانه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الاخر استوت فيه منازعتهم فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعاً ثلاثة ارباع الدار للمدعي الكل واربعا للمدعي النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة تقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعي كل الدار والاخر يدعي نصفها فيجعل أخسهما سهماً فجعل نصف الدار بينهما وإذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعي سهمين ومدعى النصف يدعي سهماً واحداً فيعطى هذا سهماً وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثاً وثلاثها للمدعي الكل وثلثها للمدعي النصف والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة للمدعي الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ما قاله أبو حنيفة عملاً بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في أيديهما فيبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذي في يده ومدعى النصف لا يدعى شيئاً هو في يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف في يده فكان مدعى الكل خارجاً ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله هذا اذا ادعى الخارج ان شيئاً في يد ثالث فأنكر الذي في يده فأقام البينة فان لم يقيم لها بينة وطلبها بين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعاً يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه مملوك انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجهه) الفرق ان بالترك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعين مقضياً عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضياً عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعين بعد ما قضى بينهما نصفين صار مقضياً عليه في النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقي من جهة المستحق وادعى النتائج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بئمه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضاً هكذا فرق بين هذا وبين حرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجهه) الفرق بين الملك والعق على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذي في يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى في يده ومملوك من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يحز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقراره اعلى غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره في حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له في الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان اطلاً لا لحق الغير فلم يصح فالحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقاً بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخلد حين على ذي اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى في أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه لأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم تقم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصرم مضياعاً عليه حقيقة هذا إذا لم توف البينتان فإن وقتاً فإن اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فلا سبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وإن وقت أحدهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فلا صل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالنى درهم وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فإنه يقضى ببينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضى ببينة المشتري لأنها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقالت المرأة على ألفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لأنها تظهر فضلاً ثم إن كانت بينة الزيادة أولى لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشتري بألفين وأقاما البينة أنه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لأن البينة إنما تقبل من المدعى لأنها جعلت حجة المدعى في الأصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو أن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه في الأصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن لأن هناك البائع هو المدعى لأن المخير في الخصومة أن شاء خاصم وإن شاء لا وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعى هو المشتري ألا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذلك في باب النكاح المدعى في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقاما البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يعض لأنها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض الرأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لا اختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما ولهما اتفاقاً على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر الموقوف عليه قدرراً أو جنساً أو صفته وبنية رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عنده تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً فإن تصادقا أنه عين واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كرحنطة وقال المسلم إليه في كرحنطة فالبينة بينة رب السلم لأن رأس المال إذا كان عيناً واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول وإذا كان عينين بأن قال رب السلم أسلمت إليك هذا القرس في كرحنطة وقال المسلم إليه هذا الثوب في كرحنطة يقضى بسلمين بالاجماع لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

إذا كانت الدعوى دعوى الملك فامادعوى اليد بان تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما انه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقام جميعاً البينة يقضى بكونه في أيديهما لا ستواهما في الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت إحدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فيبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذواليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة ككيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يدملك وقد تكون بداعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينهما معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما في قوله عز وجل وأسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره وخافه وفي التفسير في قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبي عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زمانه اذا القسمة تنفي الشركة والثاني انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش وقناه عن الزاني بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل في النفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لا لعدم الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبيّاً في يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصر ام ولد له لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ في قوله من الزنا لانه يصير متملكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاء أو مقارناً له ولا يصحق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد أو دعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لي الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب مادام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقه بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً لانه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصحة له شرعاً الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلاً لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصحة شرعاً وعلى هذا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيّاً في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبته من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعى النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بأن ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لملك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بالملك فبقى الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله في ذلك فنقول والله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما عقد النكاح والثاني ملك العيمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبي عليه الصلاة والسلام بنا كحوا توالدوا تكثر وافاني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه ويستوى فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لان المقصود من فراش الزوجة لا يختلف وامامك العيمين في أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضياً الى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واماً في الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الأمة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشاً بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشاً الا بقرينة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمة تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبرة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوى وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوى فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولاً (ولنا) ان ووطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشتري للوطء عادة بل للاستخدام والاستباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك الزل والظاهر في الاماء هو الزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤهما سبباً لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصلها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها



وحصنها ولكن عزل عنها ولم يعزل عنها ولكنها لم يحصنها قال أبو حنيفة رضي الله عنه يحل له النفي وقال أبو يوسف رحمه الله أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها وقال محمد بن علي بن الرضا أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها وجه قول أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال وجه قول أبي حنيفة أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لأن غير الثابت يبين لا يثبت بالشك كما أن الثابت يبين لا يزول بالشك وجه قول محمد بن أحمد إذا احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحر بعد موته عسى ويستوى في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسائل إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجات بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لأن ماله من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشرى يكة ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فها بينهما والجارية أم ولد لهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائل وجه قوله أن خلق ولد واحد من ماء فحين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائل فان الشرع ورد بقول قول القائل في النسب فانه روي أن قائل امر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائل حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي أنه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح ليلسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنيهما يرثانه وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعا لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصصا للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزئ فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل أنه لم يكن لا اعتبارا بقول القائل حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائل ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم واحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فها بنهم جميعا ثابت نسبهم منهم والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبي يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أن تركنا القياس في رجلين بامر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردودا إلى أصل القياس وجه قول محمد أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أو أربعة وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة فأما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة ولا يبي حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالقصل بين عدد و عدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بأن كان لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنيهم جميعا لحكم النسب لا يختلف لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاء فيثبت في نصيب كل

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعاه  
جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله ثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب  
الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية  
ملك حقيقة وله حق تملك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى ويملك نصيب الابن من  
الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في  
الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر  
نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف  
بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة لرجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه  
ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار ممتلكا للجارية ضرورة صحة الاستيلاء دسا بقا عليه أو مقارنا له  
لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطء في الملك وهنا الاستيلاء صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا  
حاجة الى التملك لصحة الاستيلاء وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاء في نصيبه لانه لا يتجزأ  
التي تجزى على ما ذكرناه الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد  
جارية فجاءت بولد فادعاه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى  
الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان حقيقة الملك والاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك  
الحقيق أولى هذا كله اذا كان الشريك المدعيان حريين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى  
لان اثبات النسب منه أرفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا  
والآخر عبدا مكاتباً فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً فالمكاتب  
أولى لانه حر يد فكان أرفع للولد ولو كانا عبيدين يثبت النسب منهما جميعا لکن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه  
روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجوراً وحمل الاخرى على ما اذا  
كان مأذوناً وعملاً بهما جميعاً ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى استحساناً والقياس أن يثبت نسبه  
منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في  
حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أرفع للصبي لانه يحكم باسلامه  
تبعاله وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس ان يثبت النسب منهما بالاستيلاء في الملك وفي  
الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أرفع للصبي ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو  
مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لان هذا أرفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل  
ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذمياً والآخر حرّاً فخرم تدافهوا بن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام  
ألا ترى انه اذا بلغ كافراً يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أرفع للصبي هذا كله اذا خرجت  
دعوة الشريكين معاً فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه القصول كلها كائناً من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من  
انسان في زمان لا يمتثل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه  
أحدهما أو ادعياه جميعاً فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشتراها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما  
حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسراً كان أو معسراً فلا يختلف ويختلف حكم  
العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقراراً بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك  
بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعنته أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يحز اسناد  
الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو اعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنالا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو بينهما ولا عقروا احدهما على صاحبه كما في الاول ولا يفرقان الا في الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاء فيعلق الولد حرا والدعوة هنا دعوة تحريره وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة احدهما فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب القران بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانهما صارت أم ولد له فصارت مملوكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملًا فجاءت بولد فادعاه احدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحريره وادعاه فقد حره والتحرير اطلاق نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتناق حقيقة فيضاف العتق اليه الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدًا فدعاه احدهما الشر يكتن أو ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا في الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما في بطن واحد واما أن ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احدهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الاخر لا تستحال الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكأن دعوة احدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق احدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضروريته ثبوت نسب الاخر وعتقا جميعا لعلوقهما حري الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتها في بطن واحد فاما اذا ولدتها في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فدعى الاصغر يدعى ولداً ولد الغير ومن ادعى ولداً ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغروراً من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله فقيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصاً فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعى الاكبر قصاصاً بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعى الاصغر ويتراد ان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فدعى احدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق احدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر ولا قد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الاخر الاصغر فقد ادعى ولداً ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أو لا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشرى كالأخر والا كبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحد هما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الا كبر ابني والاصغر ابن شريكي ثبت نسب الا كبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشرى كالأخر والاصغر ولد أم ولد له أقر بنسبه لشرى كالأخر فان صدقه شريكي ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والا كبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي ولو قال أحدهما الا صغر ابني والا كبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الا كبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشرى كالأخر نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الا كبر موقوف على تصديق شريكي فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعي الاصغر نصف قيمة الا كبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين يشهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحدهم لا ابني أو عين واحد منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقيين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم وصارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الا كبر ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الا كبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نفي فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معني هذا اذا ادعى الا كبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والا كبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والا كبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحدهم لا ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقران الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولائه الآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يجزأ عنه فيبقى نصيب المدعى على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يجزأ أو يعتق الكل فلم يبق للمدعى فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبق للملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك السيد ثابت له وان كان كاف لثبات

النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته اذ لم يكن في المضارب ربح لانه لا بد لتببات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد اذ لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولداً من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاهما أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبى عن ملك المولى لا لعدم الملك له فيه أصلاً فالصحق بسائر الاجانب الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه فقدت دعوته لانه أقر بحجة مصححة للنسب لكن توقف نقاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أو لا لان النسب ثبت بالنكاح صحياً كان أو فاسداً وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يحز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلا أنه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلا نه فيها حق ملك يتقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فنع من بيعها والعبد المسلم والذي سواه في دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوى في دعوته الاستيلاء وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح وان كان في ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البيعة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاء ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاء دعى ان يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حراً ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحته ودعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان وفي القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطالان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فبردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فنقول بانه اذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو أجره أو كاتبه فادعاه البائع فقص ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشتري باع الام أو كاتبها أو رهنها أو أجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطالان الا لضرورة لانه يعقبه أثر لا يحتمل البطالان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشتري أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبتت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له لئلا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد يراد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاء وانها تستند الى

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أو لا ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة نبوت الحكم في الحال  
واليد المقتطوعة هالك فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصصة الولد لانه  
سلم البذل للمشتري وهو الارش ولومات الام ثم ادعى البائع الولد تحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم  
وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم نبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد  
جميع الثمن عند أي حنيقة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فأصاب  
قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلك عند المشتري  
لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال  
عنده وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لا قل من  
سنة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لا قل من ستة  
أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين في بطن واحد فدعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب  
الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما تحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان  
الفصل في النسب لا لخالقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لا قل من ستة والأخر لا أكثر من ستة أشهر فدعى  
أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لا قل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا في البطن وقت  
البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا  
سواء كان المشتري ادعاه أو اعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب  
أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فاعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا  
وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان أعتق الام فدعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الام  
وينتقض في الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمل للضرورة وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال  
للا تفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد  
أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع الآن يقيم البائع اليانة على الدعوة قبل  
البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المقتطوعة  
هالك فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول  
لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصود أهو النفس وانما يظهر في الاطراف  
تبعاً للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين  
أصل في حكم الدعوة فتحت في أحدهما تصح في الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما في  
النسب ومتى تحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانهما دعوة الاستيلاء فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغي أن  
تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان محبة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً  
من وجه مقتصر على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة  
المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً فأخذ  
ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحق وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية  
 والميراث من المشتري لما قلنا هذا اذا ولدت في يد المشتري لا قل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة  
أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع الا أن يصدق المشتري لاننا نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة  
دعوة استيلاء فتصح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح  
الا اذا صدقه المشتري فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لمولاه ولو

ادعى المشتري نسبة بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لا نسيان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع فإن كانت من المشتري وقد ولدت لأقل من ستة أشهر محت دعوته وثبت النسب لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا أن العلوق لم يكن في الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا نسمع دعوته لما مر أن إثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمنع ولو ادعاه البائع والمشتري معا فدعوة البائع أولى لأن دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق في الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لأنه سابق في المعنى والسابق أولى كرجلين ادعى أن الملك من واحد ونار يخرج أحدهما أسبق كان الأسبق أولى كذا هذا وعلى هذا إذا ولدت أمة رجل ولدت في ملكه لستة أشهر فصاعدا فأدعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهة أو لا صدقه الابن في ذلك أو كذبه لأن الإقرار بنسب الولد إقرار بوطء الجارية والاب إذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير مثل ملكا إياها الحاجة إلى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب إلا بالملك وللأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته إليه ألا ترى أنه يملك ماله عند حاجته إلى الإتيان على نفسه كذا هذا إلا أن هناك يملك بغير عوض وهنا بموضع وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين إذ الحاجة هناك إلى إبقاء النفس والحاجة هنا إلى إبقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بموضع لأن ما قبله عوض كان تملكه بصورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهرجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصدق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى والإقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى إذا ادعى ولد أمة مكاتبه أنه لا يثبت نسبه منه إلا بتصدق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لأنه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقت الحاجة إلى تصديقه وللأب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج إلى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لا تصح دعوته لأن عدم الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لم تصح لأن عدم الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لا تقطع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة مشروطا لصحة هذه الدعوة لأن الملك يثبت مستند إلى زمان العلوق ولا يثبت الملك إلا بالتملك ولا تملك إلا بولاية التملك لأن تملك مال الإنسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبر لا يكون إلا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فإذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق إلى وقت الدعوة لم تم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الأب لو كان كافرا أو عبدا فادعى لا تصح دعوته لأن الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافرا فأسلم أو عبدا فأعتق فادعى نظر في ذلك أن ولدت بعد الإسلام أو ألعاق لأقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لأن عدم ولاية التملك وقت العلوق وإن ولدت لستة فصاعدا محت دعوته ويثبت النسب بقيام الولاية ولو كان معنوها فأفاق محت دعوته استحضانا والقياس أن لا تصح لأن الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان أن الجنون أمر عارض كالأغماء وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن كما لو أغشى عليه ثم أفاق ولو كان مرثدا فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لفاد ولايته بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة وإذا ثبت الولد من الأب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت مشروطا لصحة الاستيلاد والاستيلاد لا يلج منزل معلق فكان القمل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لأن

الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الابلج المنزل المعلق من أوله إلى آخر  
 ابلج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلاء أفلاد أو أن يتقدمه الملك أو يارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر  
 بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاء وثبات النسب لأن نصف الجارية  
 ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك وإنما ثبتت حكم التثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء  
 لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه والوطء في غير الملك  
 يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التمسك بفت شرط الثبوت النسب وصحة الاستيلاء وشرط الشيء  
 يكون سابقاً عليه أو مقارناً له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لأنه علق حراً  
 وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الاعطاق فيستدعي تقديم الرق ولم يوجد ودعوة الجسد أي الأب  
 ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند اندامه أو عند اندام ولابته (فأما) عند قيام ولابته فلا حتى لو كان الجسد  
 نصرانياً وحافداً مظهراً لأب مسلم لم تصبح دعوة الجسد قياماً ولا لآب وإن كان الأب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً  
 تصبح دعوة الجسد لا قطاع ولا لآب وكذا إذا كان الأب ممتوها من وقت الطوق إلى وقت الدعوة صحت دعوة  
 الجسد قلنا فإن أفاق ثم ادعى الجسد لم تصبح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالدم من الأصل فعادت ولاية  
 الأب فسقطت ولاية الجسد ولو كان الأب مرتداً فدعوة الجسد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله فإن قتل على الردة أو  
 مات صحت دعوة الجسد وإن أسلم لم تصبح لوقوف ولابته عنده كتوقف نصر فانه وعندهما لا تصبح دعوة الجسد لأن  
 نصر فانه عندهما نافذة فكانت ولاية قائمة هذا إذا وطئ الأب جارية ابن من غير نكاح (فأما) إذا وطئها بالنكاح  
 ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفرائش بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً  
 ولا يملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بقصد النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب  
 النكاح ويمتق الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب إنما يثبت بقصد النكاح لا بملك اثنين فبقيت الجارية على ملك الابن  
 وقدم ملك الابن أخاه فيعتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد  
 وهونيات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله إذا ادعى الأب ولد  
 جارية ابنه فأما إذا ادعى ولداً أم ولد له أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى سببه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت  
 نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد  
 المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن  
 (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية بل على الحالة فإن نسب ولد الأمة المنكوحه ثبت من  
 الزوج والأمة ملك المولى (وأما) القيمة فلا تملك ولد ثابت النسب على حر أو أشبه ولد المنكر ورفيكون حرأ بالقيمة  
 والولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير وأنه لا يحمّل القسح بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فرائش  
 لمولاه فكان الولد مولوداً على فرائش الابن والمولود على فرائش انسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالنفي كفاي  
 اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يثبتان التملك ويضمن  
 العقر لأنه إذا لم يملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا إذا لم يصدقه الابن في  
 الدعوى بعدما نفاه فإن صدقه ثبت النسب بالاجماع لأن نسب ولد جارية لا جنسي يثبت من المدعى بتصديقه في  
 النسب فنسب ولد جارية لابن أولى ويمتق على الابن لأن أخاه ملكه ولولاه لأن الولاء لمن أعتق ولو ادعى  
 ولم يكتب ابنه لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصبح دعوته إلا إذا  
 عجزت فتتخذ دعوته لأنها إذا عجزت فقد عادت قناً وجمال المعارض كالعدم من الأصل فصار كالأدعى قبل الكتابة  
 والله سبحانه وتعالى أعلم



**فصل** وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسند كره في كتاب الاقرار إلا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشرطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون في يد نفسه واما أن لا يكون فان كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان في ملك المدعى وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان علقه في ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علقه في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد أحد لا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد أحد كالقبط فان لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمرًا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخير بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخير بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولديستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقدمت المسئلة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح وسند كره الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن في يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أولا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ناجية حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أوقع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضانتها وتربته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمي (ووجهه) أنالو محمدا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمن استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم بإسلامه وان كان أبوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر في النوادر أن من التقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه نعم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصراني هذا اذا أقر الذمي أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فراقبين الاقرار وبين البينة وذلك أنه منهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسواء كان المدعى حراً أو عبداً لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معاً فملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة وضع الصبي فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا اذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى ولو شهد للذمي مسلمان والمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فالسلام المدعى كاف للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع للقيط وان كانا حريين مسلمين فان ذكر أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد شاهد من أهلها ان كان قبضه قدم من قبل فصددت وهو الكاذبين وان كان قبضه قدم من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قبضه قدم من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مرادتها اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقدم من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا في لؤلئى ودباغ في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ لان الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلاف في متاع البيت أن ما يكون للرجل يجعل في يد الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي رحمه الله أنه ثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلاً ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا عندنا لاستواءهما في الدعوة وعند الشافعي رحمه الله لا ثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذب بيقين ولو قال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فاذا هو خنثى يحكم بماله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البتة وان كان يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعى البتة وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر بالسبق فان استويا في السبق فهو مشكل عند أبي حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه منهما جميعاً ولو قال الملقط هو ابني من زوجتي هذه فصددته فهو ابنتها حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكاً للمولى الامة عند أبي يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن في جملة تبعها في الرق مضرة بالصبي وفي جملة حرام نفقة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول أبي يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقاً والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة ذكر في الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولده وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصحح الا بالبينة أو بتصديق الزوج فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الاصل على إطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال ثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا ببينة ووجه الفرق أن النسب في جانب الرجال ثبت بالقراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا يثبت الولادة الا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأة أن ابنها فهو ابنتها عند أبي حنيفة وكذا اذا كن خمساً عنده وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً وجه قولهما أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب بينهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالقراش ولا يـ حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قال ان الحكم في جانبين متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع أمكن وهذا لا يمكن فتملق بالدعوة وقد ادعى جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعى رجل وامرأتان ثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعى رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول والله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعى رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعى رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البيتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البيتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعين لا مكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء ان واحد مملوكا لاثنتين على الكمال في زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البيتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذى اليد فان كان بين الخارج وبين ذى اليد فينبغي ان يكون بينهما استواء في البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين وبين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة القراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب بينهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر أنه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والاخر يدعى الرق فينبغي الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرمة اقربا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعى رجلان ووقت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب بينهما لاستواء البيتين ولو كان وقت احدهما أسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كأنهما سكنا عنه ولا يـ حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كأنهما سكنا عنه ولا يـ حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبقى الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التناقض بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعى رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأة أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعى الغلام أنه ابنهما وبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البيتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في يد نفسه كاخترجين اذا أقاما البينة ولا حدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانياً فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فينبغي الغلام أولى ولا ترجح بينة المدعى المسلم لانه لا يدل له وان كان مسلماً وان كان بينة الغلام من النصراني يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويحبر الغلام على الاسلام غلام في

يدانسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولدت له أمته هذه في ملكه وأقام البيعة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه وولدت له الأمه في ملكه وأقام البيعة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم قضى به لصاحب اليد لاستوثاقهما في البيعة فيرجع صاحب اليد باليد كما في النكاح وان كان كبيراً يتكلم فقال أنا ابن الآخر قضى بالأمه والغلام الخارج لان الغلام اذا كان كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبيعة التي يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام صاحب اليد البيعة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البيعة على ملكه يقضى بالمرأة وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده من أهل النعمة والمهر أفضية وأقام شهوداً مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذي هما في يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البيعة على انه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في يده البيعة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً فالبيعة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احطم ادعى انه ابن فلان وولدت له أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول هو عبدى ولد أمتى التي زوجها عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبدى يدعى ذلك فهو ابن العبد لانه تعارض القران فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى باللعان وفراش الملك ينتفى بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الأمه فأقر العبد بذلك وقامت عليه البيعة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البيعة انه ابن الميت من أمته وأقام الآخر البيعة انه عبده وولدت له أمته من زوجها فلان والزواج عبده أيضاً والعبدى يدعى ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بيعة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لانه في جانبين ثبتت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فتوعان نوع محتمل النفي ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل النفي فتوعان (نوع) ينتفى بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفي بل بواسطة اللعان (أما الذي) ينتفى بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذي لا ينتفى بمجرد النفي فهو نسب ولد زوجة يجزى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على ما ذكرنا في كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوياً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسداً أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفي لان الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجة حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجزى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان من لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفي وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان

﴿فصل﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب وأما حكمه في الملك فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني في قدر الملك أما الاول فسييل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سييل تعارض البيعتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسائل رجلان ادعى اباة أحدهما راكبا والاخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل للداية فكانت في يده (وكذلك) اذا

كان لأحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخللة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعاً راكبين لكن أحدهما في السرج والآخر ديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله أنه راكب السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما إجماعاً لاستواءهما في الاستعمال ولو ادعى عبد أصغر ألا يعبر عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فتبقى اليد عليه ألا ترى أنه لو ادعى صبيلاً أصغراً مجهول النسب في يده أنه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع دعوى الحرية إلا بينة لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل (ومثله) لو ادعى غلاماً كبيراً أنه عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يده نفسه فكان القول قوله ولو ادعى عبداً كبيراً فقال العبد أنا عبد لأحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا إذا كان العبد في يد رجل فآثره لرجل آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره لأن العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف أن القول قول العبد ويحكم بحريته لأن العبد متمسك بالأصل إذا الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهد أنه للصحيح جواب ظاهر الرواية لأنه لما أقر أنه كان عبداً فقد أقر بزوال حكم الأصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهد أنه ولو ادعى ثوباً وأحدهما لابس والآخر متعلق بذيله فالابس أولى لأنه مستعمل للثوب (ولو ادعى) بساطاً وأحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس مجلوسه والنوم عليه أولى لاستواءهما في اليد عليه (ولو ادعى) داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخييط ثوباً في دار إنسان فاختلعا في الثوب فالقول لصاحب الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لأن الخياط وما في يده في داره والدار في يده فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له لأن الظاهر شاهد له وإن كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة وهو في دار بزاز اختلعا في الكارة فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له وإن كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائر في دار رجل فاختلعا فيه فإن اتفقا على أنه على أصل الأباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه لا يأخذ دون صاحب الدار إذا الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وإن اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الضائد فإنه ينظر إن أخذه من الهواء فهو له لأنه لا يأخذ إلا يد لا حد على الهواء وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لأن الجدار والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل أن ما في دار إنسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعى وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذلك لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لأن سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما

ثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعى حائطاً من دارين ولا أحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعدان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لأنها استويافي استعمال الحائط فاستويافي ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت أن يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً إلى تمام عدد خشب صاحبك أن أطلق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزع ولو كان لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجه) القياس أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وإن كان استعمال أحدهما أكثر دل أن المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويافي (وجه) الاستحسان أن يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بمادون الثلاثة لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لاكثر من ذلك إلا أن الأكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيده فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وأما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وما رواه لصاحب الكثير (وجه) هذه الرواية أن صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار مأمرة أن الاستعمال لا يحصل بالجذوع والجذعين لأن الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير إلا أنه ليس له دفع الجذوع وإن كان موضع الجذع مملوكاً له لجواز أن يكون أصل الحائط مملوكاً لانسان ولا آخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البيئة أن الحائط له لأن له أن يدفع لأن البيئة حجة مطلقة فإذا أقامها تبين أن الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البيئة لأننا جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالتعلق به ولو كان لأحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال التراق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التريع أولى لأن اتصال التريع أقوى من اتصال التراق ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التريع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التريع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله أن التريع هو أن يكون انصاف البان الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالزج والطاقت فكان بمعنى النتائج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله أن تفسير التريع أن يكون طرفاً هذا الحائط المدعى مداخلة حائط إحدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل أن المداخلة إذا كانت من جاني الحائط كان صاحب الاتصال أولى بخلاف وإن كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا أن ذلك بمعنى النتائج حيث حدث من بناءه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي أن المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحد أفسط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فلك البعض يوجب ملك الكل ضرورة أنه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لأن ذلك ليس من ضرورات ملك الأصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجلسة ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفلى هو ملك صاحب السفلى ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفلى رفع السقف منع منه شرعاً كذا هذا جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه بخلاف ما إذا أقام البيئة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ما روى عنه من تفسير التبريع انه اذا اشترى داراً  
ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار و بينهما حائط وأقام الرجل البيعة انه له فاراد المشتري ان يرجع على البائع بحصته من  
الثمن ان كان متصلًا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلًا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً  
فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلًا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على  
البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلًا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند  
الاستحقاق وان كان متصلًا بحائط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان  
صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصالاً ببيع واستحق المشتري  
الرجوع على البائع لان نزاع الجذوع بل تترك على حالها ما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقربان  
السترة والبناء له فالخاطئ لصاحب السترة لانه مستعمل الخاطئ بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما  
عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادي شيئاً لان وضع  
المرادى على الخائط ليس بامر مقصود لان الخائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه  
الخائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي  
حنيفة رحمه الله والخائط بينهما وعندهما الخائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه  
وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعاً وعلى هذا الخلاف اذا ادعى بأب  
مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى أحدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من  
الجانبين فهو لهما اجماعاً وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند  
أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف  
والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيدخل  
على انه بناءه فكان في يده ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على  
اليد وقت الدعوة والحاجة في اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى في يده تجب  
عليه التمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برى وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا في المرور في دار  
ولا حد هما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البيعة ان له في داره  
طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق  
أصلاً وقد يكون بحق غير لازم وهو الا باحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود  
ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه  
كان لحق المرور ولكن في الزمان الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقاً  
فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب ومن أصحابنا رحمهم  
الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع  
 صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله  
معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان  
أباه مات وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في مسيل  
الماء فلصاحب الدار ان يمنعه عن التسييل حتى يقيم البيعة ان له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب  
بنفس الميزاب شيئاً ما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديماً فله حق التسييل وذكر محمد في  
كتاب الشرب في نهري أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حق في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه الماء المطر فهو الماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم بينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو الماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيبين بيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

**فصل** وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالنى درهم وقال المشتري اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وتراداسواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وابدأ بيمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ بيمين البائع ويقال انه قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل يفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم يفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ وقال بعضهم لا يفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما مضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبق لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه ان يعقد بيمين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الأصل المعهود في الثابت بيمين لانه لا يزول بالاحتمال فلا يفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه



الله لا يمنع ويرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع القسح عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع القسح فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبر في الثوب والبناء والعرس في الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارث والعرفه على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالوهوب في المكسوب لا تمنع التحالف اجماعاً فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع القسح في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا التحالفا رد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحث فيها هذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان في رد المشتري فنذ كركمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف عندهما منع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقاً عن شرط قيام السلعة فلا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد ما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعاً ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقى التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة عن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه شيئاً فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً الا ان اعرنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادوا وهذا القيد ثابت في النص الاخر أيضاً دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادوا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقى التحالف حال هلاك السلعة شيئاً بالخبر المشهور ويستوى هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلاً حتى لو اشترى عبد بن فقهضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لا يبي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقدير الحكم بقدر العلة ولا يبي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا ان اعرنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقى التحالف حال هلاك بعضها منقياً بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحرز والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يتحالفان لانه رضى ان يكون الثمن كله بمقتضى القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أو حكماً بان خرج  
عن ملك المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة وقد مر الاختلاف فيه وسواء خرج  
كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخرج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان  
التحالف هنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج  
من الثمن بقول المشتري فينثذ التحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند  
أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيق لا يمنع التحالف  
عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفوا عنده  
فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرده المشتري القيمة ان لم يكن مثلياً والمثل ان كان مثلياً وان هلك بعضه  
بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرراً وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد  
التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر في  
تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقي ومثل القائمتان كان مثلياً وقيمتها ان لم يكن مثلياً ولو خرجت  
السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن نظرياً في ذلك ان كان العود فسحاً بان وجده عيباً فرده  
بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان التسخير رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسحاً بان كان ملكاً  
جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسحاً لا يبين ان الهلاك لم يكن والهالك  
يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لالعين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه  
صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان  
فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقض المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن  
لم يتحالفوا عندهما سواء كان النقصان باقصة أو بفساد أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الاجنبي أو بفعل البائع  
لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضي الله  
عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان باقصة أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضى  
البائع ان يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً فينثذ التحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع  
بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لاجل النقصان شيئاً وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم  
على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالمبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي أو  
بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه هذا اذا اختلفا  
في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال أحدهما الثمن عین وقال الآخر هودين فان كان مدعى العين هو البائع بان  
قال للمشتري بعت منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبائع اشترى بتهامتك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة  
تحالفوا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفوا وتراد من غير فصل بين ما اذا كان  
الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول  
قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مر وان كان مدعى العين هو المشتري  
بان قال اشتريت جاريتك بعبدك هذا وقال البائع بتهامتك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة  
يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعاً ويرد المشتري القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك  
السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلا وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً لان البائع يدعى عليه  
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلا المشتري يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان  
كل واحد منهما مدعى من وجه منكر آمن وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض ديناً والمشتري يدعى

الكل ديناً بأن قال البائع بعت منك جاريتي بعبدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفاً بالنص وان كان هالكاً فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عينا والبعض ديناً والبائع يدعى الكل ديناً بأن قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا وبالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتي هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفاً وتراداً بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً أجمعاً الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بازاء الدين وهو الف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعى كل الثمن عينا كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عينا وبعضه ديناً يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فان اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضى جميعاً فقال البائع الاجل شهر وقدمضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضى فيجعل الاجل شهر لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً فاما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو احدى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفاً وتراداً لان للقبض شبهة بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجوز بينهما التحالف الا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكن اعرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف بعدهما كما هو هلاك أحدهما منفي بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو ديناً وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذه الجارية بالف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفاً وتراداً لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً وان كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلفا في الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعاً فان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا في جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا في قدره (واما) ان اختلفا في صفته (واما) ان اختلفا في مكان ايافته (واما) ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفاً وتراداً لان هذا الاختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد وهرب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به ولا في حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يحلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبي يوسف أيضاً أنه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لأنه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعمين إلى القاضى يبدأ بأيهما شاء وإن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وعندهما يتحالفان بناءً على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد لا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل وعندهما مكان العقد يتعين مكاناً للإيفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهما فكان المكان داخلًا في العقد من غير شرط فيوجب التحالف وإن اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الأجل فنقول لا يخلو (أما) أن اختلفا في أصل الأجل (وأما) أن اختلفا في قدره (وأما) أن اختلفا في مضيه (وأما) أن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فإن اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفوا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا أن اختلفا في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته ألا ترى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف (ولنا) أن الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف في الصفة لأن الصفة في الدين معقود عليه كالأجل والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذلك في الصفة وإذا لم يتحالفوا كان مدعى الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولأن المسلم اليه متعنت في انكار الأجل لأنه ينفعه والمتعنت لا قول له وإن كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحساناً والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعاً وأنه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع (وجه) الاستحسان أن المسلم اليه يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساداً فكان القول قول من يدعى الصحة لأن الظاهر شاهد له إذا الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان القول قوله في مقدار الأجل أيضاً وقال بعضهم القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الأجل فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالينة وإن اختلفا في قدره لم يتحالفوا عندنا خلافاً لفرق القول قول رب السلم لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر اليه وإن اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته إذا قال رب السلم كان الأجل شهراً وقدم مضى وقال المسلم اليه كان شهراً ولم يمض وإن أخذت الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حجة للمسلم اليه فكان القول في المضى قوله وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المعنى لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم اليه في المعنى هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا أيضاً سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه ألا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً وإن اختلفا فيهما جميعاً فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا في المبيع واليمن والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف فيقيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في

المولوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت في المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفاً يتعمد ضرره الى غيره أو لا يتعمد فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحى أو تنوراً وله أن يعمد في بنائه حداداً أو قصاراً وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً وان كان يبن من ذلك البناء ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بواقفه ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه لا يصنع منه في ملك الغير وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره انهدم ما لم يجبر صاحب السفلى على بناء السفلى لانه ملكه والا نسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلوان شئت فابن السفلى من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفلى عن الانتفاع بالسفلى حتى يرد عليك قيمة البناء مبنياً لان البناء وان كان تصرفاً في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً له شرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعده له وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما أفتقه وكذا ذكر الخصاص انه يرجع بما أفتق لانه لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفلى ولا ضرر لصاحب السفلى في بنائه بل فيه نفع صار مأذوناً بالافاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أفتق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يجبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذي أبى العمارة تمتعاً محضاً في الامتناع في دفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدم ما بأقسهما فأما اذا هدم صاحب السفلى سفله حتى انهدم العلو يجبر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنائه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنياً أو نصف ما أفتقه على حسب ما ذكرنا في السفلى والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضاً ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطاً على حدة في نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضاً يمكن قسمته وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطاً يصلح لوضع الجذوع عليه فبناء كما كان بغير إذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعاً لانه بنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعاً فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة عريضة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفي القسمة جبراً ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضاً فان كان يقسم قسمة جبراً لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحد منهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لانه في الانتفاع تمتعت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذوع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الاعادة وعلى هذا سفلى لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفلى أن يفتح باباً أو يثبت كوة أو يحفر طاقاً أو يقد وتدأعلى الحائط أو يتصرف فيه تصرفاً لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بأن أوجب وهن الحائض أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك إن لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع جذو عالم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة سواء أضر بالسفل أولاً وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجهه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستغلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لا نعدم تضرر المالك والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولا أبي حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى أن نقل المرأة والمبحار من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح لأن الضرر لا ينعدم رضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولاً وهناك لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بآذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستغلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لأن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لأن ذلك تصرف في حق الغير بالباطل والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسهيل ميزابه على ظهره فله ذلك لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيما طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه إبطال حق المرور وبنين أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً وميزاباً فنقول هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين إيمان كانت السكة نافذة وإيمان كانت غير نافذة فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقطع عليه ذلك وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجهه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للضرر عن الضرر ولا ضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولا أبي حنيفة رحمه الله أن اشترع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم لأن هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هو وإذا كان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير وقد مر أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام سواء أضر به أولاً أم لا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الأذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الإنسان بآذنه مباح فإذا وقعت المطالبة بصرح بالنقض بطلت الدلالة في حق الانتفاع بالمبنى تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير إذنه ورضاهم فلا يحل هذا إذا كانت السكة نافذة فأما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه وإن لم

يكن له حق في التقديم فله منعه سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الشهادة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي بيان حكم الشهادة أماركن الشهادة أقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفي متعارف الناس في حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى

**فصل** وأما الشرائط في الأصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما الأول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلًا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك إلا بالآلة الفهم والضبط وهي العقل والثاني أن يكون بصيرًا وقت التحمل عند نفاذها لا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لأن الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع واللاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصمًا إلا بالرؤية لأن النعمات يشبه بعضها بعضًا (وأما) البلوغ والحرية والسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيًا عاقلًا أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً لم يبلغ الصبي وعق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا وعند القاضي قبل شهادتهم وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشده قبل وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانث منه فشدهت له قبل شهادتها لأن تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صار من أهل الاداء بالعتق والبنونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لهمة الزوجة ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبنونة لا قبل ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بعينها قبل (ووجه) الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد وردت فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجة في تلك الحادثة فقد أعادت تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة المردودة لا تحتل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدث لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالسماع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالسماع إلا في أشياء مخصوصة وهي النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالسماع من الناس وإن لم يعين بنفسه لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعينة وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته واختلاف في تفسير السماع فعند محمد رحمه الله هو أن يشهر ذلك ويستفيض وتتوار به الاخبار عنده من غير تواطؤ لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالسماع شهادة عن معينة فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر وذكر أحمد بن عمر وابن مهران الخصاص أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الترق بين الموت وبين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشهر الا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب لذلك شرط العد في النكاح والنسب لافي الموت لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول اني لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكرا لطحاوي رحمه الله قول محمد مع أبي يوسف الآخر ووجه أن الولاء لحمية كالحمة النسب ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشهر فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشهر فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية الا أن مشايخنا الحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشهر أيضاً كالموت فكان ملحقاً به وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا والى بلد كذا وان لم يعين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد في الاموال اقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً أنه لا يجوز للرأى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له وذكر في الجامع الصغير وقال كل شئ في يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيها الا اذا أقرأاً نفسها وانما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يد بان كان كبيراً يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير في يد نفسه ظاهر اذا الاصل هو الحرية في بنى آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجادات والبهائم لانه لا يدلها بقيت يد صاحب اليد دليل على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليل فيه أما اذا كان صغيراً لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له في نفسه يد فيلحق بالعرض والبهائم فتحل للرأى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد وبعضها يرجع الى نفس الشهادة وبعضها يرجع الى مكان الشهادة وبعضها يرجع الى المشهود به أما الذى يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبي عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبي مولى عليه ولا نه لو كان له شهادة للزمتة الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ماعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعاً ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجري مجرى الولايات والتمايكات أمام معنى



الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التمايك فان الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولا نه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا دعى لا دائما لآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيئا لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيئا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قوله أبي يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضى هو الشاهد العدل والكلام في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ما هي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة وفي بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً أو وجوباً أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطمئن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لأن أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جرعة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسنة سيئانه فهو عدل وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة في المساجد فاشهدوا له بالايمن وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمن وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسنة سيئانه فهو عدل وهو اختيار أستاذنا أستاذي الامام فخر الدين على البردوي رحمه الله تعالى واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجب فهو صغيرة وهذا يبطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا يبطل أيضا بامتناعه من الكبائر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرنا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هي الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون في الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقوايلي يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشر بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا في أمور غلبت حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا للصحة البدن والتقوى لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضبة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهي حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

عدالة لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس  
 الفسق فسق ولا عدالة للناخ والنائمة لان فعلهما محظور وأما المغني فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا  
 عدالة له وان كان هولاء يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالة لان ذلك  
 مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذي يضرب شيئاً من الملاهي فانه ينظر ان لم  
 يكن مستشعراً كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالة وان كان مستشعراً كالعود ونحوه سقطت عدالة  
 لانه لا يحل بوجهه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالة وان كان يطيرها تسقط عدالة  
 لانه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرندي فلا عدالة له وكذلك من يلعب  
 بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشجيعه الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعباً  
 قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد  
 ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحياناً ولا يقامر به لا تسقط عدالة لمن يدخل الحمام بغير  
 منزلة لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفاً فها هو انابتر كها فلا عدالة له لان الجماعة  
 واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالة ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل  
 بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف الحصنات وقاتل النفس المحرمة وكل الرابونحوه  
 لان هؤلاء من رؤس الكبار ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب  
 الدراهم من أي وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زوراً طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة  
 له ولا تقبل شهادته أبداً وان تاب لان من صار معروفاً بالكذب واشهر به لا يعرف صدقه في توابعه بخلاف  
 الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهواً وابتلى به مرة ثم تاب لانه قل  
 ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسداد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلاً ولم يكن تركها لظن  
 رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولا ان اسلامه اذا كان في حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف  
 ولم يختنق تاركاً للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه  
 فاسقاً في تلك الحال وتقبل شهادته ولد الزنا اذا كان عدلاً لعمومات الشهادة لان زنا الوالد لا يقدح في عدالة  
 لقوله سبحانه وتعالى ولا ترزروا زرزراً أخرى وما روى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذا في  
 ولدمعين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل  
 شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة  
 وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلاً في هواه ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة  
 الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة  
 لا تقبل أيضاً لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالى من الكذب والتزوير ليرتجى هواه فكان فاسقاً فيه وكذا اذا  
 كان فيه مجانة لان الماخذ لا يبالى من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل لان هواه يزجره عن  
 الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطايسة فانهم لا شهادة لهم لان من نحلهم انه نحل الشهادة لمن يوافقهم على  
 من يخالفهم وقيل من نحلهم أن من ادعى أمر من الامور وحالف عليه كان صادقاً في دعواه فيشهدون له فان كان هذا  
 مذهبهم فلا تخلوا شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لاهم يحكون بالالهام فيشهدون لمن يقع في  
 قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى  
 عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقط للعدالة فشتيتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه  
 الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطه للعدالة والاصل في هذا الفصل أن من ارتكب جرعة كانت من الكبائر سقطت عدالته إلا أن يتوب فإن لم تكن من الكبائر فإن أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لأن الصغيرة بالاصرار عليها تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وإن لم يصر عليها لا تسقط عدالته إذا غلبت حسناته سيئاته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضي الله عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتركية فليست بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جاز عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أنه إذا طعن الخصم في الشاهد أنه لا يكتفي بظاهر العدالة بل يسأل القاضي عن حال الشهود وكذلك لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص إذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقال يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لأن زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح لأنه زمن التابعين وقد شهد لهم النبي عليه الصلاة والسلام بالخير بقوله خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب الحديث فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والسادد فوقعت الغيبة عن السؤال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقعت الحاجة إلى السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لا اختلاف الزمان فلا يكون اختلافاً حقيقية ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة هنا إلى الإثبات وهو إيجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولا في حنيفة ظاهر قوله عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطاً أي عدلاً وصف الله سبحانه وتعالى مؤمناً بهذه الامة بالوساطة وهي العدالة وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلاً في المؤمنين وزوالها بعارض ولأن العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول إليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به إلا أن يطعن الخصم لأنه إذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود محتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقالنا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حرتهما لأن الاصل في بني آدم وإن كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار إلا في أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا إذا كانا مجهولين النسب لم تعرف حرتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بأن كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما إذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقبتهما إلا بالبينة وأما بيان أن العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجوداً أم شرط القبول مطلقاً وجوباً ووجوداً فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله أنها شرط القبول للشهادة وجوداً على الإطلاق وجوباً بالشرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعي عليه الرحمة أنها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلاً دونها حتى إن القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحري بالاجماع وكذا لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحري وإذا شهد بحجب عليه القبول وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلاً وكذا ينقض النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن مبنى قبول الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق إلا بالعدالة لأن خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن يرضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا الحاجة الى شهادتهم عند الجحود والا نكار لان النكاح يشتر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والا نكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضى الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقله الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن يثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي مقابلي كلمة العدل وهي كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامي على التأييد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن الحدود في القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذي اذا قذف مسلماً لم يحد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين ومثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حدد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعنتى (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الاسلام لا نكاحاً لا تقبل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد ابطال ذلك على التأييد ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحدة لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة وايتين اخريين فقال في رواية لا تقبل شهادته وفي رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثران وجد أكثر الحد في حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل في الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد في مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعي رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والا نكار لا ندفع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وهذا يحمل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول والانعقاد بفصل

عن القبول في الجملة وأما المحدود في الزنا والسرقه والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلاً والقياس أن تقبل شهادة المحدود في القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبيد ومنها أن لا يجزى الشاهد الى نفسه مغنياً ولا يدفع عن نفسه مغراً بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولأن شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهماً ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه اذا جاز النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج لزوجته وأما سائر القربات كالاخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط في مال البعض عرفاً وعادة فالصحق بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص بحقوقه تعالى جل وعلا واستشهدوا شهودين من رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوي عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن رضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجزى المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهداً لنفسه لما روينا من حديث الخصاص رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلتم ان أحد الزوجين في الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهداً فلا تتناول العمومات وكذا لا تقبل شهادة الاجير في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشر يكين لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفر يقين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما داراً أو عبداً وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفر يقين جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهماً في شهادته ولهما أن ما يأخذه كل فريق فالفرق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهداً لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصماً لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز شهادة خصم ولا ظنين ولأنه اذا كان خصماً فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصي للميت واليتيم الذي في حجره لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الادعاء كراه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه) قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أدائها واذا أداهما تقبل ولأن النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصاً عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسداد باب الشهادة فيؤدي الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولا بي حنيفة رحمه الله قوله تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتدكري لا يذكرو وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً لا يذكروه وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل القاضي ثم استمضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى في ديوانه الاول ولم يذكرك ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما لذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التي ترجع الى نفس الشهادة فأنا نوع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدي معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتم الا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعدر التوفيق انهدت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك في مسائل اذا ادعى ملكاً بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكاً مطلقاً ثم أقام البينة على الملك بسبب قبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البينة على الملك المطلق مكذباً بشهوده في بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً في محل واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصبر المدعى مكذباً بشهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شئ لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى القاو وخمسائة فشهد الشهود على الف انه تقبل البينة على الف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بان ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه ثم أقام البينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريته منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البينة تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب بشهوده ويصير هذا في الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه اعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبي الا أنه جحدارني فاشتريته منه أو وهب لي فانها تقبل لزال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعدها وأقام البينة على الشراء بالف درهم لا تقبل لان البديل قد اختلف واختلاف البديل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البينة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريته بالعبدا الا انه جحدني الشراء به فاشتريته بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يقيم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه لم أقام البينة على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولاً انه لى لا ينفي قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق الخصومة والمطالبة وغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البينة بخلاف الفصل الثاني لان قوله هو لفلان وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولاً انه لفلان

وكلني بالخصومة فيه كما ينبغي قوله انه لي ينبغي قوله انه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذى القعدة انه اشترى منه هذه الدار في شهر رمضان بالف وقده الثمن ثم أقام البيينة على أنه تصدق بالدار على المدعى في شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصديق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البيينة على التصديق في شوال ووفق فقال جحدني الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى داراً في يد رجل انها له وأقام البيينة على أنها كانت في يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البيينة على انها كانت ملكاً للمدعى قبل بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان البيينة لما قامت على انها ما كانت في يده فلا اصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البيينة على ملك كان ولان الثابت بالبيينة كالثابت بالمعينة ولو ثبت بالمعينة أو بالأقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الاجمك استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلّة وقد تكون يدمك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعينة وبخلاف الأقرار لانه حجة بنفسه والبيينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البيينة انها كانت في يده بالامس فاخذها من نفسه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويقضى للخارج لانه علم بالبيينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً في يد رجل انه ورثها من أبيه وأقام البيينة على انها كانت لابيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه امان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثه وامان قالوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له وامان قالوا انها كانت في يده يوم الموت وامان أثبتوا من أبيه فعلاً فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبي يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف على ما روى عنه في الامالى ينبغي أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كمالو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت أيضاً (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكاً كائناً والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ماثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استحصال الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعندهما لا يقضى بهما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له وعند أبي يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بهاله وان علم ان الاب مات قبل الجد ولم يعلم لم يقض بهما ولو شهدوا انه لابيه لا يقضى بهاله منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبي يوسف انها تقبل وأما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثاً له وهو تفسير الملك الموروث وان كان يد أمانة انتقلت يدمك اذا مات مجهلاً لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا في العين عند الموت فهذا على وجهين امان ان يكون ذلك فعلاً هو دليل اليد وامان ان يكون فعلاً ليس هو دليل اليد والفعل

الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في الثقليات كاللبس والحمل أو فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب أو فعلاً يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى في الدور والفعل الذي ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في الثقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشباه ذلك فإن كان فعلاً هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وإن كان فعلاً ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التي هي دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان أباه مات في هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل للملاك غالباً لان الدار قد عوت فيها المالك وقد عوت فيها غير المالك من الزوار والضييف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لا لبس هذا القميص أو لا لبس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله في الجامع الجواب في الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيمساها من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك في الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاجعله فيمساها من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا الوجه المردع الخاتم في خنصره او بنصره فضاع من يده يضمن لانه استعماله ولو جعله فيمساها من الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش أو انما عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفصل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه في يديهما لاثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجد ان النقل غالباً على ما بيننا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفصل عادة للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو ساكن في هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروي) عن أبي يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلاً على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا التوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملاً له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره ويحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فاقتته على رأسه فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم يقول اذا شهد الشهود انها كانت لابيها مات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذ وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فذع (وجه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أولاً وارث له غيره في علمنا ولو نص على ذلك لقبيلت شهادتهم فكذلك هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثاني وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره



تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره  
لأنهم لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل أن يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لأن الشاهد إنما  
تحل له الشهادة بما في علمه ونفى وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الأعلى اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا  
ولو قالوا لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصراً وفي أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجهه)  
قولهما أن قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصراً لا ينفى وارثاً غيره لجواز أن يكون له وارث آخر في مصر آخر ولا ينفى  
حنيفة رحمه الله أنه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لمعلموه لأن وارث الإنسان لا ينفى على أهل بلده عادة فكان  
التخصيص والتعميم فيه سواء ثم إذا شهدوا أنه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا أنه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره أولاً ولا نعلم  
له وارثاً غيره في هذا المصراً على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه فإنه يدفع كل التركة إليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل  
الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالإخوة والأخت والجدة ونحوهم لأنه تعين وارثه فيدفع إليه جميع  
الميراث إلا إذا كان زجاً أو زوجة فلا يعطى إلا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج إلا النصف ولا تعطى المرأة إلا الربع  
لأنهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لأنه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل  
بالإجماع وأما الوجه الثالث وهو ما إذا شهدوا أنه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فإنه ينظر  
أن كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع إليه شيء لجواز أن يكون ثمة حاجب فإن كان لا يعطى وإن لم يكن يعطى بالشك وإن  
كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع إليه جميع المال إلا الزوج والزوجة فإنه لا يدفع إليهما إلا نصيبهما وهو أكثر النصيبين  
عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللزوجة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللزوجة  
الثلث في ظاهر الرواية عنه (وجهه) قول محمد رحمه الله أن التقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاخمة وفي وجود  
المزاخمة شك فلا يثبت التقصان بالشك ولا ينفى يوسف رحمه الله أن الأقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا يثبت  
الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللزوجة الربع لجواز أن يكون له أربع نسوة  
فيكون لها ربع الثلث لأنه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الأئمة وللزوج الخمس وللزوجة ربع  
التسع أما الزوج فلان من الجائز أن يكون للمرأة أبوان وبنات وزوج أصل المسئلة من اثني عشر للأبوين  
السدسان أربعة للبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت القرية خمسة  
عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز أن يكون للميت أبوان وبنات وزوجة  
أصل المرأة من أربعة وعشرين للأبوين السدسان ثمانية للبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثلث ثلاثة فعالت بثلاثة  
أسهم فصارت القرية سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز أن يكون معها ثلاثة أخرى  
فيكون أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربع لا تستقيم فتضرب أربعاً في تسعة ويكون ستة  
وثلاثين سهماً تسعها أربعاً فيكون ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهماً في هذا الوجه  
الثالث إذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال إليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة  
لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يؤخذ (وجهه) قولهما أن أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست  
إلى الصيانة لا احتال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الأبق واللقطة إلى صاحبها  
ولا ينفى حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لأنه قد يظهر وارث  
آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما أن المكفول له مجهول والكفالة  
للمجهول غير صحيحة وإنما أخذ الكفيل بتسليم الأبق واللقطة فقد قيل أنه قولهما إن في المسئلة روايتان فاما  
عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على أناسنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لأن الراد أنما يأخذ الكفيل  
لنفسه كيلاً يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرايت لو لم يجد كفيلا كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظمناً على أن مذهبه أن ليس كل مجتهد مصيباً إذا الصواب لا يحتمل أن يكون ظمناً فدلّت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع إلى المشهود به فمنها أن تكون الشهادة بمعلوم فإن كانت بمجهول لم تقبل لأن علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فلم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما إذا شهد رجلان عند القاضي أن فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره أنه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثه واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره أو أخوه لانيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره وقوله لا يعلمون له وارثاً غيره كذا يتلوم القاضي لأنه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل بأب في الزيادات يعرف ثمة أن شاء الله تعالى ومنها أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وإن رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما أن رأى خطه وختمه له أن يشهد بخبر ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي فتخصص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فأنواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعى بنفسه أو نائبه لأن الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعى ولا يتحقق قوله إلا بدعواه إما بنفسه وإما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً لله تعالى إلا أنه شرطت الدعوى في باب السرقة لأن كون المروق ملكاً لغير السارق شرط لتحقيق كون الفعل سرقة شرعاً ولا يظهر ذلك إلا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد أنه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على أن عتق الأمة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم يأتوا باربعة شهداء ولأن الواجب على الشاهد إقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا أقوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله إلا وأن تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم أن في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لأن من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تحل شهادته عن جر النفع إلى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العلم في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً إلى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولأنه إذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لأن الإنسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليدرك البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في إقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة أن تفضل إحداها فتذكر إحداها أخرى ثم الشرط عدد المثني في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال إلا في الشهادة بالزنا فإنه يشترط فيها عدد الأربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم يأتوا باربعة شهداء وقوله تعالى فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولأن الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الإقرار ثم عدد الأقارب الأربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذا عدد الشهود الأربعة بخلاف سائر الحدود فإنه لا يشترط العدد في الإقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولأن عدد الأربعة في الزنا ثبت نصاً بخلاف القياس لأن خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الأربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل في حد التواتر لكانعناه شرطاً بنص خاص معدولاً به عن القياس فبقى سائر الأبواب على أصل القياس وأما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لا بد من الاربع ووجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعدد من النساء ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الشرع اقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً وقيناً وانما يفيد غالب الرأى وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد في رواية الاخبار الا ان عرفنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فثبت حالة الانفراد عن الرجال على أصل الفياس وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة قبل لانه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لم تقبل لان اختلفا فوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد شرطى الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد فهوان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بمدة غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهوان يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل انى درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالالف والآخر بالف لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله أصلاً وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع ووجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان شرط الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فافتردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما باقراده داخل تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مصادراً فإذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلية تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليهما شاهدة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لى عليه ألفان الا انه كان قد قضى الف والى لم يعلم به الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى ألفاً وشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لى عليه الف وخمسمائة الا انه قضى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فتمد زال الاختلاف المانع من القبول

ولو ادعى على رجل انه باع عبده بالف درهم وهو ينكر فشهد شاهدان بالف وآخر ألف أو ادعى انه باعه بالف وخمسمائة  
فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لا تقبل بالاجماع لان الشاهدين يختلفان في البذل واختلاف البديلين  
يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين  
فلا تقبل ولا يثبت العقد وكذا لو كان المشتري مدعيًا والبائع مدعيًا عليه لما قلنا فان كان هذا في الاجارة ينظر ان كانت  
الدعوى من المؤاجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقلين شهادة شاهدين  
فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه  
حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستأجر  
لا تقبل سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوى  
من المرأة فهذا دعوى المال عند أبي حنيفة عليه الرحمة حتى انها لو ادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد  
لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والشكاح جائز بالف درهم وعندهما لا تقبل ولا يجوز  
النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو  
كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم العمد على مال فان كانت الدعوى من  
الزوج أو من المولى أو ولي القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل  
لان هذا دعوى العقد ولو كان هذا في الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوى العقد فلا  
تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولى فلا تصح لان المكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة  
في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقرار لا يمنع القبول وان كان في الافاعيل من القتل والقطع والعصب  
وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار بما يحتمل التكرار فيمكن  
التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الاقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل  
والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لا يحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب  
اختلاف الشهادتين فيمنع القبول والله التوفيق ولو ادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما  
على القرض والآخر على القرض والفضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يقضى بالقضاء في ظاهر الرواية وروى  
عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي  
شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلا يقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر  
الرواية لان الشهادتين اختلفتا في القضاء لا في القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ  
شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذي يرجع الى  
المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روى  
عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى  
عليهما انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبنيان على الدرء والاسقاط بالشبهات  
وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لانهن جليلن على السهو والغفلة وتقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف  
سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البذل من شهادة الرجال والابدال في باب الحدود  
غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والا توثيق ليست بمائعة  
بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة فاستشهدوا بشهيد من رجالكم  
فان لم يكنوا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليست  
بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضي الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعي رضي الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعي رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورية لانها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لا ندفع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في باب الحدود والقصاص وكذا لم يجعل حجة بافرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقتضى ان يكون لهم شهادة في سائر الاحكام الا ما قيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعا منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة لانها لم تجعل حجة فيما يدرب بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها ما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الاثنية يصير مجبوراً بالعددة كانت شهادة مطلقة واختلف في اشتراطها في الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتعليط ولا يتغلط الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجوع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلائلها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف في أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط في عتق الأمة اجماعاً ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد وان كان لا يقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مساماً حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافراً فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عداً ولا في دينهم وقال الشافعي رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلاً واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلاً وفي قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وانه منفي ولان العدة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذلك الذمي على الذمي فظاهره يقتضي أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصاً من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليحملوا احوالهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي وقال ابن أبي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلف أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمي من أهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذي روينا وصار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقدم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرأفة في الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الرجح من الجحى به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصل في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي الا في العبد الا بقى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما ذكر في كتاب أدب القاضي (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهاد النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرة أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل إيقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربع في الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبة ذكوه في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم قول الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرائط التحمل وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة وفي شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتي اني أشهد ان فلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان فلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان فلان على فلان كذا أشهدك على شهادتي هذه وأمرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فاذكرنا في عموم الشهادات وأما الذي يخص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان فلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (وجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الالة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد في سائر ما يطرق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحمل ما لم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والابانة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمم لا ينقلها الى القاضي الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيهما من النساء (وأما صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فال مختصر ان يقول شهد فلان عندي ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان فلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرني ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والابانة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فاذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيرة سفر او مريراً لا يستطيع بحضور مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا في هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضي ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشتط الذكورة والاصل في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله لتمكن شبهة في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشتراط الاصلية في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفرع ليست في شهادة الاصول وهو شبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك احتيالا لدفع ما يندري بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فتثبت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

**فصل** وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسم شهداء لله الا ان في الشهادة القاعة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا مادعوا أي دعوا الاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذي أوتى أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود ونحو طلاق امرأة واعتناق عبد والظهار والا يلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى وبين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وقد نذبه الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

**فصل** وأما بيان حكم الشهادة لحكمها وجوب القضاء على القاضي لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبت ما يترتب عليهما من الاحكام

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثاني يرجع الى نفسه أما الذي يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب ائتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت ائتلافاً انعقدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما مرجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالا كراه على ائتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه ( فان قيل ) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصبح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يردده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به تفيد دليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت بظاهر بالشك والاحتمال فبقى القضاء ماضياً على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للثمة اذا التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصبح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجواز انب كلها واذ رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسبباً الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقر بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما ائتلافاً فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمن ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيئاً من المهر لكنهما كدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتتملاً للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلاً فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكدة للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالحرم اذا أخذ صيداً فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكد للجزاء الواجب على المحرم اذ لو لا ذبحه لا حتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكدة منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه أعتق عبداً أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه لانهما بشهادتهما اتفقا عليه مالية العبد أو الأمة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتياق قد عتقه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا ائتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضاً لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا ائتلافاً بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من



أحد وجهين أما أن لم يكن معها ولد وأما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو أما أن رجعا في حال حياة المولى وأما أن رجعا بعد وفاته أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنأ وتقوم أم ولد لوجاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لو لا شهادة تهما لكان الولد عبد الله فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فاذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان في زعم الولدان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركه وإن لم يكن له تركه فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركه لا يؤخذ من مال الوارث وإن كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لانهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما ذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع في حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وإن كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدًا وأمة وتركه فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقطى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث وجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلفا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهد أنه دبر عبده فقطى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنأ ويقوم مدبر أيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فاذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبد الانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلثي قيمته عبدًا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد ثلث قيمته اذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلف حاصلًا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا وشهد آخران بالا حصان ثم رجعا فاضمان على شهود الزنا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو  
شهد انه قتل فلا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في ما لهما لان الشهادة منهما بمنزلة  
الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو اقر صريحاً ولهذا الورجما في حال المرض اعتبر اقراراً بالدين حتى  
يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقرار وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد  
لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فمطعت يده ثم رجعا فقد روي أن شاهدين شهدا عند سيدنا  
على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فمطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أو همتا أن السارق  
هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرهما بكادية يد الاول ولو علمت أنكما تعمدتما  
لقطعتم أيديكما وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعاً ولو شهدا انه قتل فلا ناعمد ألقى  
القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه  
قطع يد فلان (وجهه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلاً تسيبياً لأنها تفضي الى وجوب القصاص وانه  
يفضي الى القتل فكانت شهادتهما تسيبياً الى القتل والتسيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالأكره على القتل  
(ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسيبياً الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسيبياً لان ضمان  
العدوان الوارد على حق العبد مقيّد بالمثل شرعاً ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسيبياً بخلاف الأكره على  
القتل لان القاتل هو المكروه مباشرة لكن بيد المكروه وهو كالكلة والفعل لمستعمل الكلة لا لالكلة على ما عرف على  
أن ذلك وان كان قتلاً تسيبياً فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فن ادعى تخصيص القرع محتاج الى الدليل وعلى  
هذا يخرج ما اذا شهدا على ولي القتل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية  
لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا  
تري أنه لو أكره رجلاً على العفو عن القصاص فعفاً لا يضمن المكروه ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكروه  
يضمن بالا كراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفاً مات في مرضه ذلك لا يعتبر من  
الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولي القتل لان  
شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى  
نفساً تساوي ألف ديناراً وعشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي  
القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك الحل لان في الحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما  
اتلاف للنفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يحجده فقضى القاضي  
بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لا بعد اتمام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب  
فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لاذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة  
وقوع الشهادة اتلافاً ولا تصير اتلافاً اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافاً الا به (ومنها) مجلس  
القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعي عليه البيعة على رجوعهما لا تقبل  
بيعتهم وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيما عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة  
انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبراً (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان  
لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بلف درهم ومهر  
مثلهما ألقان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بلف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئاً لانهما اتلفا عليها منفعة البضع  
والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وإنما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل  
أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنان للزوج شيئاً لانهما بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما اتلفا المنفعة لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بعير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال لأن الاتلاف بعوض يكون اتلافا بصورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنه ينظر إن كانت قيمة العبد ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري والمسئلة بحالها إن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل فلا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع لأن شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا أنه ينظر إن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمن الزوج شيئا وإن اتلفا عليه عين المال لأنهما اتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوجه من ابنته امرأة ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على ابنته معاوضة مال بماليس بمال وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لا يعتبر من الثلث كالتبرع دل أن البضع يعتبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما اتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة أنه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما اتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يتخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من ماله يضمن ولو كان مالا لملك لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لا يعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال بالمال وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه أجر داره من فلان شهر بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فاما إن كان في أول المدة ينظر إن كان أجر الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو اتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وإن كانت أجره مثلها أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لأنهما اتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح ولى القاتل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئا للقاتل لأنهما اتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لأن النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لا تعتبر من الثلث دل أن هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قبله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى في وجوب الضمان الرجوع

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت القرون وثبت الاصول بحسب الضمان على القرون لوجود الاتفاق  
منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت القرون فلا ضمان على القرون لانعدام الرجوع منهم وهل  
يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب . قال محمد يجب (وجه) قوله أن القرون  
لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكانهم حضروا بانفسهم  
وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من القرون لان الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم  
يشهدوا حقيقة وانما شهد القرون وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتفاق من الاصول لعدم الشهادة  
منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على القرون عندهما ولا شيء على الاصول  
لوجود الشهادة من القرون حقيقة لان الاصول وعنده المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن القرون وان شاء  
ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا  
ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين  
غند أبي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا  
عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان  
التركية ليست الا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان  
لا يوجب الضمان كذا هذا ولا يوجب حنيفة أن التركية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة  
انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتركية ألا ترى أنه لو لا التركية لما وجب القضاء فكانت  
الشهادة عاملة بالتركية فكانت التركية في معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان  
شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فلا يصل أن مقدار الواجب منه  
على قدر الاتفاق لان سبب الوجوب هو الاتفاق والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه ببقاء من بقي من الشهود بعد  
رجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتفاق أصلا من  
أحد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فتقول بيان هذه الجملة  
اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كانت الشهود  
أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة  
فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم  
نصف المال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف  
بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقي ببقاء  
امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة ارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع  
وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد  
رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة لان المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها  
بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان  
الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل  
واحد لا شيء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثنان  
ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقي ثلاثة ارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة  
الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهما اثنان ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثنان أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه  
على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تالف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعاً للضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبي حنيفة فاما  
عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر  
الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافاً ولا بي  
حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداساً ولو رجع الرجل وحده  
ضمن نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرم نصف المال لأن النصف  
محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق  
بقي محفوظاً برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي ثبات رجل وامرأة  
ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاً ثلثاً على الرجل  
والثلث على المرأة لأن تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة  
فكان بينهما اثلاً ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلي الرجل نصف المال ولا شيء على  
المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون عليهما  
اثلاً ثلثاً على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينهم أخماس عند أبي حنيفة خمسه على الرجل وثلاثة  
أخماسه على النسوة لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن  
شطر الشهادة وأن كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج  
ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثاً والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا  
فالضمان عليهم أرباع على شاهدي الطلاق الربع لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لأن كل المهر يتأكد  
بالدخول وللمؤكد حكم الموجب على مامر وشاهدي الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق  
على ما ذكرنا والمؤكد كد للواجب في معنى الواجب فشاهد الدخول أقر بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه  
الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الأرباع على شاهدي الدخول فاما الذي  
يرجع إلى نفسه فتوعان أحدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام  
فيه أن الرجوع عن الشهادة بالزنا إما أن يكون من جميع الشهود وإما أن يكون من بعضهم دون بعض فإن رجعوا جميعاً  
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلا نكاحهم قبل القضاء نعم قد فاق  
لا شهادة إلا أنه لا يقيم الحد عليهم للحال لا احتمال أن يصير شهادته بقرينة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي  
قد فاق وجوب الحد بالنكاح وأما بعد القضاء فلا نكاحهم وإن صار شهادته باتصال القضاء به فقد انقلب قد فاق الرجوع  
فصار أرباع الرجوع قد فاق فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء ولا مضاء فلا خلاف في أنهم يحدون إذا كان الحد جلد أو أن  
كان رجماً فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم ووجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن  
كلامهم وقع قد فاق من حين وجوده فصارك كما لو قد فوا صريحاً ثم مات المقدوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف  
بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قد فاق من حين وجوده وإنما يصير قد فاق وقت الرجوع  
والمقدوف وقت الرجوع ميت فصارك قد فاق بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد وأما حكم الضمان فاما قبل الامضاء  
لا ضمان أصلاً لعدم الاتلاف أصلاً وأما بعد الامضاء فإن كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم  
اتلافاً أو اقراراً بالاتلاف وإن كان الحد جلد فليس عليهم إرش الجلدات إذا لم يمت منها ولا الدية إن مات منها عند أبي  
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافاً بطريق التسبب لأنها تفضي إلى القضاء  
والقضاء يفضي إلى إقامة الجلدات وانها تفضي إلى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافاً إلى الشهادة فكانت  
اتلافاً تسببياً ولهذا الوشهد وبالقبض أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولا شيء عليه

الرحمة أن الأثر حصل مضافاً إلى الضرب دون الشهادة لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لأن الضرب الجارح غير مستحق في الجسد فلا يكون الجرح مضافاً إلى شهادتهم والثاني أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبب إليه وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته إلى التسبب إلا أنه لا ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهة ههنا فلا شيء على بيت المال هذا إذا رجعوا جميعاً فاما إذا رجع واحد منهم فإن كان قبل القضاء يحدون جميعاً عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة قذفاً لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفاً بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلاماً قذفاً خاصة بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزناهم يحدون لأن هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفاً (ولنا) أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة الزنا لا أن ألتري أنها لا تصير حجة إلا به فقله يكون قذفاً لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي بهم إلا أنه لا يقام لا احتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء ولثلاث يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفاً فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفاً كذا هذا وإن كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعاً عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لا اتصال القضاء به فلا ينقلب قذفاً إلا بالرجوع ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفاً فلم يصح رجوعه في حق الباقي فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء في باب الحدود من القضاء بدليل أن عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعاً بخلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وإن كان بعد الامضاء فإن كان الحد جلد أحد الراجع خاصة بالاجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقي فقلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وإن كان الحد رجماً ومات المقدوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافاً لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكم الحد فاما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء قلنا وأما بعد الامضاء فإن كان الحد جلد أحد فلا شيء على الراجع من ارش السياط ولا من الدية إن مات عند أبي حنيفة رحمه الله وعند شمس يجب وإن كان رجماً غرم الراجع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادة الربع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فاما إذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فإن القاضي يقيم الحد على المشهود عليه بمقتضى من الشهود لأن الأربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وإن أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمان ربع الدية إن مات المرجوم لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وإن لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبي حنيفة وعندهما يجب وقد قدمت المسئلة والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضي بأقراره لأن قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بخلاف بين أصحابنا وإنما اختلفوا في كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهيراً في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم إليه ضرب أسواط هذا إذا تاب فأما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال إني شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فإنه يعزر بالضرب بالاجماع احتجاً بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولأن قول الزور من أكبر الكبائر وليس إليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزاجر ولا في حنيفة رحمه الله ما روى أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ولأن الكلام فيمن أقرانه

شهد بزور نادما على ما فعل لامصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان  
 مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه  
 محمول عليه توفيقاً بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضي ﴾

## ( فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع )

| صفحة | صفحة                                               |
|------|----------------------------------------------------|
| ٢٨   | ٢ كتاب الكفالة                                     |
| ٢٨   | ٥ فصل وأما شرائط الكفالة                           |
| ٢٨   | ١٠ فصل وأما بيان حكم الكفالة                       |
| ٨١   | ١١ فصل وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة      |
| ٨٦   | ١٣ فصل وأما رجوع الكفيل                            |
| ١٠١  | ١٥ فصل وأما ما يرجع به الكفيل                      |
| ١٠١  | ١٥ كتاب الحوالة                                    |
| ١١٢  | ١٧ فصل وأما بيان حكم الحوالة                       |
| ١١٥  | ١٨ فصل وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة |
| ١١٨  | ١٩ فصل وأما بيان الرجوع                            |
| ١٢٧  | ١٩ كتاب الوكالة                                    |
| ١٣٥  | ٢٠ فصل وأما بيان ركن التوكيل                       |
| ١٣٥  | ٢٠ فصل وأما شرائط فأنواع                           |
| ١٤٥  | ٢٤ فصل وأما بيان حكم التوكيل                       |
| ١٥٤  | ٣٢ فصل الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما       |
| ١٥٥  | وكلا به                                            |
| ١٧٤  | ٣٧ فصل وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة      |
| ١٧٥  | ٣٩ كتاب الصلح                                      |
| ١٧٦  | ٤٠ فصل وأما شرائط الركن فأنواع                     |
| ١٧٦  | ٤٢ فصل وأما شرائط التي ترجع الى المصالح عليه       |
| ١٧٧  | فأنواع                                             |
| ١٧٧  | ٤٨ فصل وأما الذي يرجع الى المصالح عنه فأنواع       |
| ١٧٧  | ٥٣ فصل وأما بيان حكم الصلح الخ                     |
| ١٧٨  | ٥٤ فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح                  |
| ١٧٩  | ٥٥ فصل وأما بيان حكم الصلح                         |
| ١٧٩  | ٥٦ كتاب الشركة                                     |
| ١٨٠  | ٥٧ فصل وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة          |
| ١٨٠  | ٥٨ فصل وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع            |
| ١٨٠  | ٦٥ فصل وأما حكم الشركة                             |
| ١٨١  | ٧٧ فصل وأما صفة عقد الشركة                         |



| صحيفة                                                | صحيفة                                                |
|------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| ٢١٤ كتاب العارية                                     | ١٨٢ فصل وأما حكم المزارعة الفاسدة                    |
| ٢١٤ فصل وأما الشرائط التي يصير الركن بها اعادة الخ   | ١٨٣ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة الخ |
| ٢١٤ فصل وأما بيان حكم العقد الخ                      | ١٨٤ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة              |
| ٢١٦ فصل وأما صفة الحكم الخ                           | ١٨٤ فصل وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة الخ          |
| ٢١٧ فصل وأما بيان حال المستعار                       | ١٨٥ كتاب المعاملة                                    |
| ٢١٨ فصل وأما بيان ما يوجب تغير حالها                 | ١٨٦ فصل وأما الشرائط المفسدة للمعاملة                |
| ٢١٨ كتاب الوقف والصدقة                               | ١٨٧ فصل وأما حكم المعاملة الصحيحة الخ                |
| ٢١٩ فصل وأما شرائط الجواز                            | ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة الفاسدة الخ                |
| ٢٢٠ فصل وأما الذي يرجع الى الموقوف الخ               | ١٨٨ فصل وأما المعاني التي هي عذر في فسخها            |
| ٢٢٠ فصل وأما حكم الوقف الجائر                        | ١٨٨ فصل وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة              |
| ٢٢١ وأما الصدقة الخ                                  | ١٨٨ فصل وأما حكم المعاملة المنفسخة الخ               |
| ٢٢١ كتاب الدعوى                                      | ١٨٨ كتاب الشرب                                       |
| ٢٢٢ فصل وأما الشرائط المصححة للدعوى                  | ١٩٢ كتاب الاراضي                                     |
| ٢٢٤ فصل وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه             | ١٩٦ كتاب المفقود                                     |
| ٢٢٤ فصل وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل بها            | ١٩٦ فصل وأما بيان ما يصنع بماله                      |
| ٢٢٥ فصل وأما حجة المدعى والمدعى عليه                 | ١٩٧ فصل وأما حكم ماله الخ                            |
| ٢٢٧ فصل وأما بيان كيفية التمين                       | ١٩٧ كتاب التقيط                                      |
| ٢٢٩ فصل وأما حكم أدائه                               | ١٩٧ فصل وأما بيان حاله                               |
| ٢٣٠ فصل وأما حكم الامتناع                            | ٢٠٠ كتاب اللقطة                                      |
| ٢٣١ فصل وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه | ٢٠٠ فصل وأما بيان أحوالها الخ                        |
| ٢٣٢ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين                      | ٢٠٢ فصل وأما بيان ما يصنع بها                        |
| ٢٥٢ فصل وأما بيان ما يظهر به النسب                   | ٢٠٣ كتاب الابق                                       |
| ٢٥٥ فصل وأما صفة النسب الثابت                        | ٢٠٣ فصل وأما بيان ما يصنع به                         |
| ٢٥٥ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك         | ٢٠٣ فصل وأما بيان حكم ماله                           |
| ٢٥٩ فصل وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك         | ٢٠٤ فصل وأما شرائط الاستحقاق الخ                     |
| ٢٦٣ فصل وأما بيان حكم الملك والحق الثابت الخ         | ٢٠٥ فصل وأما بيان من يستحق عليه الخ                  |
| ٢٦٦ كتاب الشهادة                                     | ٢٠٥ فصل وأما بيان قدر المستحق الخ                    |
| ٢٦٦ فصل وأما الشرائط الخ                             | ٢٠٦ كتاب السباق                                      |
| ٢٨٢ فصل وأما بيان ما يلزم الشاهد الخ                 | ٢٠٦ فصل وأما شرائط جوازه الخ                         |
| ٢٨٢ فصل وأما بيان حكم الشهادة                        | ٢٠٧ كتاب الوديعة                                     |
| ٢٨٣ كتاب الرجوع عن الشهادة                           | ٢٠٧ فصل وأما شرائط الركن الخ                         |
|                                                      | ٢٠٧ فصل وأما بيان حكم العقد                          |
|                                                      | ٢١١ فصل وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه           |